

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS



V SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
Carla Bertoncini
Winnicius Pereira Góes

2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID)

Carla Bertoncini & Winnicius Pereira Góes
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do V SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo – ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos / Carla Bertoncini & Winnicius Pereira Góes, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-24-1

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos / Carla Bertoncini & Winnicius Pereira Góes

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.
342

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO NA “ADOÇÃO A BRASILEIRA” E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	04
Irene DORNELLES Valéria Ferreira de LIMA	
A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À INFORMAÇÃO	25
Pablo Eduardo Pocay ANANIAS	
A EDUCAÇÃO ESPECIAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS	47
Geraldo Rodrigues da SILVA NETO	
A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO	68
Amanda Cristhina FLACH	
A FILOSOFIA SEM HISTÓRIA E A DESCONSTRUÇÃO DA REFLEXÃO NO ENSINO JURÍDICO	89
Caio Henrique Lopes RAMIRO	
ALGUNS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE NA INTERNET	108
Igor de Toledo Pennacchi Cardoso MACHADO	
A LEGITIMIDADE DA MITIGAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PERANTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DE PESSOAS CÉLEBRES	120
Bruna Migliaccio SETTI Gabrielle dos Santos ROSA	
A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM EM RAZÃO DA SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA: UMA BREVE ANÁLISE CONSTITUCIONAL, LEGAL E JURISPRUDENCIAL	141
Gilberto Notário LIGERO Matheus Raphael Ramsdorf COSTA	
A OMISSÃO LEGISLATIVA E O AMPARO CONFERIDO PELA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	163
Gustavo Martinez BORGES	
APATRIDIA: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS	181
Kesia Rocha NARCISO	
A RESPONSABILIDADE COLETIVA CONSTITUCIONAL NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	205
Patricia Carla FERNANDES Guilherme Barbosa da SILVA	

ARENDETT E O CASO EICHMANN: REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA Ana Carolina Turquino TURATTO	226
CASAMENTO HOMOAFETIVO E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS Maria Priscila Soares BERRO Cristina Veloso de CASTRO	243
CHARGEBACK: ATÉ ONDE O COMÉRCIO ELETRÔNICO SE MOSTRA VANTAJOSO PARA O EMPRESÁRIO? Bruna IMAZU Ana Paula MEDA	262
CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES DE COMPLIANCE NA ADVOCACIA FRENTE ÀS ALTERAÇÕES NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO Emily GARCIA Felipe Lourenço MENDES	279
CRÍTICAS À SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE Ana Carolina Belleze SILVA Ana Cláudia Ribeiro TAVARES	292
DIREITOS SOCIAIS E EDUCAÇÃO ESPECIAL INCLUSIVA: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA Andrea Antico SOARES Vivianne RIGOLDI	317
DIREITO DE ANTENA COLETIVO COMO DEMOCRACIA: PARADIGMAS PARA A PLURALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE INFORMAR Washington Luiz TESTA JUNIOR	333
DIREITO À SAÚDE: A OBSERVÂNCIA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL Julia Giglini PEIXOTO Lorena Saleme ORLANDO	349

A ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO NA “ADOÇÃO A BRASILEIRA” E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Irene DORNELLES¹

Valéria Ferreira de LIMA²

RESUMO

O Direito de Família vem passando por perceptíveis mudanças. A família não é mais formada apenas por ascendentes e descendentes biológicos. Como a afetividade ganhou espaço no mundo jurídico, em se tratando de Direito de Família, possibilitou-se o reconhecimento da chamada “adoção a brasileira”. O instituto, até então considerado totalmente irregular, passou a ser validado pela jurisprudência pátria, quando caracterizado o melhor interesse das crianças e adolescentes. Diante de decisões como esta cabe, porém, a possibilidade do reconhecimento posterior da filiação biológica, assegurado pelo direito do filho ao seu conhecimento genético, gerando o que a doutrina chama de multiparentalidade. Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, por fim, mostram que a tendência não é mais a permanência do registro socioafetivo, mas sim a sua anulação, para reconhecimento exclusivo da filiação biológica. Neste artigo, procurar-se-á demonstrar a inconstitucionalidade da anulação do registro de nascimento fundado na modalidade da “adoção a brasileira”, por meio do reconhecimento da violação do princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: adoção a brasileira. Multiparentalidade. Segurança jurídica. Socioafetividade. Registro de Nascimento.

ABSTRACT

Family Law has been undergoing noticeable changes. Family is no longer formed by biological ascendants or descendents. As affect has gained space in the juridical field, when it comes to Family Law, it was made possible the recognition of the so-called “adoption a la brasileira”. The entity, until then considered completely illegal, has started to be validated by the Brazilian Justice, when it is stated the best interest for the underage. In the light of decisions like this one, however, it is still possible the recognition of the biological ascendance, acknowledging the rights of the child to his genetic knowledge; creating what the doctrine call multiparentality. Recent decisions from the Brazilian Supreme Court - STJ, showed that the tendence is not the permanence of the affective registration, but its annulation, towards the exclusive recognition of the biological descendance. In this article, it ought to be demonstrated the unconstitutionality of the annulation of the birth reigstry due to the modality of “adoption a la brasileira”, in terms of the recognition of the juridical safety violation principle.

KEY WORDS: adoption a la brasileira. Multiparentality. Juridical Safety. Social-affective. Birth Certificate.

¹ Estudante de Graduação - Faculdades Integradas de Itararé.

² Estudante de Graduação - Faculdades Integradas de Itararé.

INTRODUÇÃO

No mundo moderno, as relações familiares não mais compreendem apenas o arranjo tradicional - pai, mãe e filhos naturais -, mas abrangem também diferentes tipos de formações parentais, como as chamadas famílias ‘socioafetivas’, as quais necessitam estar sempre acompanhadas de evoluções jurídicas, com o fim de que seja garantido o melhor interesse da família e a proteção dos menores envolvidos.

Referindo-se ao instituto da adoção, consagrado pelo ordenamento pátrio, pode-se observar que o desenvolvimento e amadurecimento jurídico possibilitaram a autenticação, não somente da formação adotiva regular, mas, também, da chamada “adoção a brasileira”, que nada mais é do que o registro irregular de uma criança ou adolescente por pais socioafetivos. Tudo isto porque o Direito de Família moderno não abrange mais apenas as relações consanguíneas, como também todas aquelas formadas pelo afeto mútuo entre as partes envolvidas, possibilitando a composição dos diferentes tipos de família existentes nos dias atuais.

O surgimento destas relações socioafetivas, pautadas no afeto, faz surgir, no mundo jurídico, vários Direitos e Deveres, em relação ao filho e aos pais afetivos, ou seja, a partir do momento em que se forma uma família por convivência e afetividade, mesmo que de composição irregular, surgem no mundo fático jurídico às mesmas responsabilidades havidas por relação natural de parentesco.

E é por isso que o ordenamento pátrio, por meio de jurisprudências, consolidou o posicionamento de que, analisando as situações concretas e o tempo de duração das relações afetivas, estas não podem ser desfeitas, mesmo quando formadas ilegalmente, com o intuito de proteger os interesses das crianças e dos adolescentes, que já se identificam com aquela linhagem.

Surge então a problemática de quando este filho afetivo, maior de idade, resolve, por vontade própria, desfazer o vínculo de convivência e afetividade, baseado no princípio constitucional da dignidade humana, para acrescentar em seu registro de nascimento a sua filiação biológica.

A princípio, se tratando de formação irregular, como é o caso da “adoção a brasileira”, pode-se pensar que o instituto não merece qualquer proteção jurídica, uma vez que se trata de relação consolidada ilegalmente e, portanto, não há o que se fazer para impedir a anulação registral.

Porém, e adiante fundamentado, as relações familiares não podem ser rompidas apenas por vontade exclusiva de uma das partes envolvidas, já que, independente de

quaisquer circunstâncias em que surgiu, a filiação socioafetiva evidencia muito mais do que uma atitude meritória, pois solidifica relações sociais e patrimoniais, que não podem ser simplesmente “apagadas”.

É nesse sentido que a proteção jurídica deve existir, para fazer prevalecer a permanência da filiação socioafetiva nos aspectos registrais da composição de parentesco, que, caso fosse ignorado, faria violar o princípio da segurança jurídica, diante da consolidação jurisprudencial e dos posicionamentos do Direito de Família moderno.

O INSTITUTO DA ADOÇÃO JUDICIAL

A adoção é um instituto regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Lei n.º 12.010/2009 (Lei Nacional de Adoção), pelo qual é atribuído a alguém um estado de filiação, desvinculando-se os laços consanguíneos, ou seja, é a maneira pela qual se cria uma relação jurídica de parentesco entre o adotante e o adotado, rompendo todos os vínculos existentes com a família biológica, exceto os impedimentos referentes ao casamento.

Da mesma forma, ao adotado são conferidos todos os direitos inerentes aos filhos havidos de maneira natural, sendo que os pais adotivos passam a deter o poder familiar sobre a criança/adolescente adotado, devendo prestar-lhe assistência física e moral.

O estado de filiação, mencionado anteriormente, diz respeito à qualificação jurídica da qual uma pessoa se intitula pai ou mãe e a outra pessoa se intitula filho (a). Este estado de filiação pode ser tanto social, quanto afetivo e, na maioria das vezes, surge da relação biológica e natural.

A adoção trata-se, portanto, de procedimento que deve ser acompanhado pelo Poder Público e constituído por uma sentença judicial e que somente poderá ser anulado, por meio de Ação Rescisória, caso exista algum vício em sua composição, ou seja, *a priori*, é um ato irrevogável.

Porém, muito embora a adoção seja tratada como um ato irrevogável, o próprio ECA, com as alterações da Lei n.º 12.010/2009, prevê a possibilidade de o adotado vir a conhecer sua origem biológica, além de explorar os motivos que o levaram a ser colocado em lar substituto, assim:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Tal alegação jurídica é embasada na afirmação de que o estado de filiação é um direito imprescritível e indisponível (art. 27 ECA), ou seja, mesmo que a sentença constitutiva de adoção produza coisa julgada material, nada impede que o adotado tenha conhecimento de sua verdadeira origem biológica, independente dos motivos que levaram ao desfazimento do vínculo familiar.

Esta possibilidade de conhecimento da origem biológica, que ocorre por meio de uma investigação de paternidade ou maternidade, gera uma decisão meramente declaratória. Desta maneira, embora o adotado venha a ter conhecimento de quem são os seus “verdadeiros pais”, diga-se desta forma, em seu registro de nascimento continuará constando o nome de seus pais adotivos.

A adoção judicial configura, portanto, a convivência de uma criança ou adolescente, que por algum motivo não pode se manter na família natural, em uma família substituta, seguindo todas as exigências judiciais, mas possibilitando o conhecimento posterior, pelo adotado, se querendo, de sua origem genética.

7

O INSTITUTO DA “ADOÇÃO A BRASILEIRA”

Diferente da adoção judicial, a “adoção a brasileira” é uma modalidade de adoção irregular, configurada pelo reconhecimento voluntário de um filho não biológico, sem a observância das exigências judiciais necessárias para a adoção de uma criança ou adolescente. O vínculo que liga os sujeitos envolvidos nessa relação é a *afetividade*, que, assim como o vínculo biológico, “são vínculos do mundo do ser, já o vínculo jurídico distingue-se de ambos por pertencer ao mundo da normatividade”.

Esta modalidade de adoção se dá, em grande parte das vezes, por motivos financeiros dos pais biológicos, que não detém condições para criarem seus filhos, seja porque são moradores de rua ou por não terem condições suficientes para proporcionar a vida que desejavam a eles, e, assim, preferem entregá-los a uma família substituta ou a alguém que, aparentemente, tenha boas condições de oferecer tudo o que as crianças necessitarem no decorrer de suas vidas.

Também podem ocorrer casos em que famílias com grande prestígio financeiro, que não podem ter filhos, procuram por famílias hipossuficientes, que estejam à espera de uma criança, e propõe um pagamento em troca daquele ‘bebê’ que está por nascer.

Outro exemplo desta adoção, e talvez a prática mais comum entre os casos citados, é a situação em que o homem, registra em seu nome o filho da companheira, sabendo que aquela criança não é seu filho biológico (sem vícios do consentimento).

Conforme se observa, a prática da “adoção a brasileira” é utilizada principalmente para ‘burlar’ o sistema judiciário, que muitas vezes é lento e burocrático. Desta forma, as partes passam a optar pela adoção irregular, com a finalidade de alcançar seu objetivo de forma rápida e sem complicações, muitas vezes sem pensar em consequências inerentes a seus atos.

Em que pese à “adoção a brasileira” ser um ato ilegal e irregular, quando configurada a existência do afeto entre os pais socioafetivos e os filhos adotivos e fiquem evidentes os laços de amor firmado entre os sujeitos envolvidos, a jurisprudência vem entendendo que estes vínculos não podem ser simplesmente desfeitos. Neste sentido, trata a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Com isso, olvida-se tudo o que vem sendo construído pela doutrina e já é aceito pela jurisprudência, quando se fala em vínculos familiares. Filiação socioafetiva, adoção à brasileira, posse do estado de filho são novos institutos construídos pela sensibilidade da Justiça, que tem origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. *É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração.* (grifo nosso)

8

E é por este motivo que os Tribunais Superiores vêm reconhecendo, de maneira unânime, a filiação socioafetiva, pela permanência do registro e irrevogabilidade do ato, quando se sobressair os interesses do menor e houver a configuração do afeto, exteriorizado pela posse do estado de filho.

Também é por este motivo que, por exemplo, o pai que reconhece, por livre e espontânea vontade um filho, mesmo sabendo que este não é seu, e estabelece com a criança um vínculo afetivo, não conseguirá, mais tarde, requerer a anulação do registro, pois o que prevalece atualmente na jurisprudência brasileira é a ligação afetiva contraída no decorrer na convivência familiar, garantindo sempre o melhor interesse do menor.

Da mesma forma que acontece na adoção judicial, a criança que é adotada ilegalmente, mesmo usufruindo de uma relação socioafetiva com o pai registrário, tem o direito, se quiser, de ter acesso a sua verdade biológica, por meio de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Entretanto, diferentemente do que ocorre na adoção que segue os parâmetros legais, na adoção irregular, caso o filho queira conhecer sua origem biológica, a sentença não será meramente declaratória, e poderá surtir efeitos, anulando a filiação socioafetiva ou aditando a filiação biológica no registro de nascimento existente.

Logo, embora irregular, a “adoção a brasileira” vem encontrando respaldo na jurisprudência pátria, que confere, analisando as situações fáticas concretas, os direitos a pais e filhos socioafetivos, semelhantes a aqueles obtidos pelas vias judiciais, com exceção à possibilidade de reconhecimento posterior da filiação biológica.

OS EFEITOS DA “ADOÇÃO A BRASILEIRA”

Uma vez formado um vínculo afetivo entre pais e filhos adotivos, seja por meio de adoção judicial ou irregular, surgem com ele laços de amor e de carinho que não podem ser desfeitos por ordens ou determinações judiciais.

A posse do estado de filho, que nutre esses vínculos, exterioriza, perante a sociedade, diversas circunstâncias e situações, capazes de condicionar direitos e deveres aos pais socioafetivos, inerentes à criação, educação, alimentação e proteção dos filhos adotivos.

Pode-se dizer, por exemplo, que entre as partes envolvidas passa a existir demonstração de carinho e amor, reconhecimento da figura do outro como sendo pai/mãe ou filho, demonstração pública de afeto, participação na vida do outro, dentre outros elementos que caracterizam diretamente a posse do estado de filho.

Neste sentido, entende José Bernardo Boeira que:

[...] a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

Além disso, surge na relação o chamado “poder familiar”, que é um aglomerado de direitos e deveres, de ambos os genitores, em relação aos filhos menores de idade, visando o seu sustento, proteção, criação e educação. Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Desta forma, o poder familiar nada mais é do que uma imposição do Estado, baseada em dispositivos da Constituição Federal, que servem para garantir o necessário para o

desenvolvimento físico, intelectual e emocional da criança. Assim, preceitua a Carta Magna, em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, embora a “adoção a brasileira” não constitua uma formação jurídica, por um ato de vontade de ambas as partes envolvidas passa a existir na esfera civil e social, diversos direitos e deveres, destacando dentre eles a detenção do poder familiar e a manutenção da posse do estado de filho.

Pode-se dizer, por fim, que a relação paterno-filial surge da convivência entre pais e filhos e não necessariamente do liame consanguíneo. E é por este motivo que a relação socioafetiva é tão importante e consagrada na jurisprudência brasileira, quanto à filiação biológica.

10

O TRATAMENTO DA “ADOÇÃO A BRASILEIRA” PELO ORDENAMENTO PÁTRIO

A partir do momento em que a filiação passa a deter o caráter afetivo e não mais somente o biológico, ocorre o que a doutrina moderna chama de *desbiologização da paternidade*, que é considerar os laços de convivência entre pais e filhos, independentemente da consanguinidade.

Sobre este assunto, diz o professor João Baptista Villela:

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: *ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.* (grifo nosso)

Busca-se valorizar as relações harmônicas e duradouras entre pais e filhos, com fundamento na afetividade, e não somente considerar os seus aspectos biológicos e jurídicos. É como se estes fatos sociais, psicológicos e morais, acabassem se convertendo em fatos jurídicos, com todos os seus efeitos.

E é por esta razão que, embora a “adoção a brasileira” caracterize o crime tipificado

no artigo 242 do Código Penal, os Tribunais Superiores brasileiros vem entendendo que, diante o melhor interesse dos filhos, caracterizado pelo afeto, deve-se permanecer a filiação socioafetiva.

Neste sentido, já entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. *Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo.* Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062283361, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/11/2014) (grifo nosso)

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça da Bahia:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE ADOÇÃO. CRIANÇA COM VÍNCULOS AFETIVOS ESTABELECIDOS COM SEUS CUIDADORES, PRETENDENTES À ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MÃE. SUBVERSÃO À REGRA DO ART. 45, ECA, EM BENEFÍCIO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ADOÇÃO À BRASILEIRA CONFIGURADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. OPINATIVO DO PARQUET PELO NÃO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO RECONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 No mérito almeja-se a reforma total da sentença de primeiro grau para desconfigurar a adoção à brasileira e restabelecer o pátrio poder da mãe biológica, ora apelante. Na esteira da legislação pátria, a adoção de menor que esteja sob o poder familiar de seus pais biológicos, requer, para sua validade, o prévio consentimento dos genitores, exceto se, ocorrer a perda deste poder em razão de decisão judicial, nos termos do art. 1638, CC. *Não obstante, o STJ já decidiu, excepcionalmente, pela dispensa do consentimento dos pais sem prévia destituição do poder familiar, quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando (RESP nº 100.294-SP).* 2 Ademais, *é imperioso reconhecer que nesse sólido vínculo afetivo que se estabeleceu entre os adotantes e o adotado, resultou a configuração da filiação sócio-afetiva, cuja prevalência em detrimento da filiação biológica, se configura entendimento consolidado pela melhor doutrina e Tribunais Superiores.* 3 Opinativo da Procuradoria de Justiça pelo não provimento do apelo. 4 Recurso conhecido e não provido. (TJ-BA - APL: 00021026920098050032 BA 0002102-69.2009.8.05.0032, Relator:

Daisy Lago Ribeiro Coelho, Data de Julgamento: 08/10/2013, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 12/10/2013) (grifo nosso)

Ainda, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

EMENTA: FILIAÇÃO. *Reconhecimento de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Arguições de inexistência de vínculo biológico e erro. Improcedência. Filiação socioafetiva. Situação consolidada. Erro inexistente. Sentença correta. Apelação não provida.* (Relator(a): Guilherme Santini Teodoro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/05/2014; Data de registro: 20/05/2014) (grifo nosso)

Por sua vez, o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO. - O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". - *Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuitu personae'.* - *Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.* - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015) (grifo nosso)

O Tribunal pátrio, conforme observado, é unânime em reconhecer, diante o melhor interesse do menor envolvido, a permanência da filiação socioafetiva frente à biológica, seja quem for que esteja pleiteando a anulação do registro de nascimento da criança, os pais biológicos ou afetivos. Isto porque, o Direito de Família moderno privilegia o afeto existente entre os sujeitos da relação e não pode ‘fechar os olhos’ para os vínculos familiares públicos e contínuos, salvaguardando a filiação socioafetiva, que é a identidade daquela criança ou adolescente.

A POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO

Além da possibilidade de investigação de paternidade e maternidade, para conhecimento da origem biológica, a maioria das decisões formuladas pelos Tribunais Superiores é no sentido de conceder o direito ao filho adotado em ver reconhecida sua filiação biológica, quando se trata da modalidade de ‘adoção a brasileira’.

Entendem os juristas que, embora “louvável” a atitude dos pais adotivos, ela não seguiu os trâmites legais e, mesmo existindo o afeto desenvolvido com os pais adotivos, isto, por si só, não afasta a possibilidade do filho maior de idade vir a reconhecer os pais biológicos, modificando sua a certidão de nascimento.

Neste sentido, têm-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO COMPROVADO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA BUSCADA PELA FILHA REGISTRAL. 1. *Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso.* 2. *No contexto da chamada "adoção à brasileira", quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido.* 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.025 - RS (2011/0118853-4) – Rel. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA) (grifo nosso)

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92. 1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. *Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.* 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido. (SJT - RECURSO ESPECIAL Nº 1.274.240 - SC (2011/0204523-7) – Rel. MINISTRA NANCY ANDRIGHI) (grifo nosso)

14

Na maioria das decisões encontradas, existe a manutenção da certidão de nascimento, para fazer constar, além da filiação socioafetiva, a filiação biológica, criando a situação chamada pela doutrina de ‘multiparentalidade’.

A multiparentalidade nada mais é do que a pessoa ter “dois pais” ou “duas mães” registrados na certidão de nascimento, e o reconhecimento de ambos leva a demonstração que nenhum deles é “mais pai” ou “mais mãe” do que o outro, sendo que os dois o são. Assim, segundo o entendimento de Belmiro Pedro Welter:

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo o que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana. (grifo nosso)

Mencionam, ainda, os juristas pátrios, que se tratando de filho maior e capaz, quem pleiteia o reconhecimento da filiação socioafetiva, não lhe pode ser negado o reconhecimento da filiação biológica, como imperativo de garantir a efetivação do princípio da dignidade humana.

Entende-se, porém, que o reconhecimento da paternidade/maternidade, ainda que de forma irregular, cria diversas relações jurídicas entre as partes envolvidas, que não podem ser descartadas, principalmente levando em consideração a quantidade de tempo pelo qual elas estão perdurando e é por isso que as decisões apenas acrescentam a filiação biológica à certidão de nascimento, sem retirar a filiação socioafetiva.

Segundo a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Assim, a paternidade não pode ser buscada nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. O critério que se impõe é a filiação social, que tem como elemento estruturante o elo da afetividade: filho não é o que nasce da caverna do ventre, mas tem origem e se legitima no pulsar do coração. (grifo nosso)

Para garantir, portanto, que a verdade real prevaleça sobre a verdade jurídica, ou seja, o afeto entre os sujeitos envolvidos prevaleça sobre a vontade de apenas um deles, a jurisprudência vem decidindo no sentido de manter a filiação socioafetiva, mesmo que obtida de forma irregular, juntamente com a filiação biológica, garantindo todos os direitos sociais e patrimoniais decorrentes de ambos os institutos.

A SEGURANÇA JURÍDICA

O homem sempre idealizou segurança, seja ela pessoal, financeira, pública ou jurídica, em razão de que a segurança é o mínimo que se espera conseguir, para planejar uma vida tranquila e seguir o dia-a-dia sem preocupações.

Quando algumas destas seguranças estão abaladas, principalmente a jurídica, surge a sensação de “injustiça”, de ausência do poder judiciário, ainda mais sendo ela considerada, há tempos, como um princípio fundamental e um valor constitucional.

Consagrado principalmente no art. 5º XXXVI, onde se afirma que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, o princípio da segurança jurídica surge para garantir que aquilo que foi conquistado, integrado, estabilizado, simplesmente não possa ser “apagado” ou “invalidado” de uma hora para outra.

Assim, o princípio constitucional supramencionado não abrange apenas a legislação, mas abarca o direito como um todo, incidindo estes parâmetros, inclusive, na jurisprudência pátria.

Trata-se, portanto, o “direito adquirido”, de situação onde uma nova lei não poderá alterar o que foi consolidado perante uma norma jurídica vigente durante outra época, não podendo ser desconstituído. Por sua vez, o ato jurídico perfeito é aquele que foi incorporado ao patrimônio ou à personalidade do agente, ou seja, aquele ato já consumado. Por fim, a coisa julgada é aquilo que possui caráter imutável, uma decisão judicial proferida por meio de sentença, que não pode mais ser rediscutida ou reclamada.

Necessário se faz que a estabilidade da ordem jurídica esteja garantida, para que exista a certeza na aplicação do direito, seja ela com a idoneidade na aplicação das normas, com a compatibilidade na aplicação das jurisprudências ou com a proteção dos direitos conquistados, frente à terceiros e à própria mudança legislativa.

A ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Possibilitar que a filiação biológica seja novamente reconhecida é desprezar toda a situação de afeto desenvolvida com os pais socioafetivos, negando todos os seus efeitos. Isto porque, por vontade de apenas uma das partes, vê-se desfeita uma relação de parentesco sustentada e exteriorizada por diversos anos.

Já por outro ponto de vista, aborda-se o direito à dignidade humana, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que confere ao filho a possibilidade do reconhecimento de sua filiação biológica, quando maior de idade, sustentado pela ideia que não se pode negar o conhecimento da origem genética.

De um lado, portanto, se destaca o direito da dignidade humana, consagrado pela Carta Magna, e de outro o afeto, tanto defendido pelos doutrinadores de Direito de Família moderno, como incluso implicitamente no rol dos direitos fundamentais.

A saída então encontrada, para solucionar este conflito, é o reconhecimento da multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de legitimação, no registro de nascimento, de dois pais ou duas mães, garantindo-se todos os direitos inerentes a essas filiações, como, por exemplo, o reconhecimento de todos os avós e os direitos relativos aos alimentos e ao patrimônio em relação a todos os pais.

Tal situação surge, pois, quando existem dois direitos fundamentais em colisão, a análise final deve ficar por conta da jurisprudência, que deve observar o caso concreto e ponderar a aplicação de ambos os direitos, devendo sacrificá-los minimamente, sendo

incabível o fato de um deles acabar sendo totalmente suprimido.

O que se coloca em ‘xeque’, porém, não é esta atuação do Poder Judiciário, conferindo o direito do filho e resguardando os direitos dos pais socioafetivos, ao reconhecer a multiparentalidade, mas sim a tendência atual de anulação da filiação adotiva nos casos de ‘adoção a brasileira’.

Desta forma, o que se quer discutir não é o reconhecimento da maternidade ou paternidade biológica, mas sim a inconstitucionalidade da anulação do registro, para a extinção da maternidade ou paternidade socioafetiva.

A tendência acima questionada surge de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. *Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente.* (STJ - RECURSO ESPECIAL N.º1.167.993 - RS (2009/0220972-2), REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO) (grifo nosso)

O caso trata de uma mulher, adotada pela modalidade de ‘adoção a brasileira’, que foi registrada como sendo filha legítima de um casal, considerados seus pais socioafetivos. E, maior de idade, resolveu ir atrás de sua identidade biológica para ver reconhecida juridicamente sua filiação natural.

A posição do Superior Tribunal de Justiça, porém, diferentemente do que vinha fazendo em outras decisões semelhantes, foi a de anular o registro de nascimento da autora, fazendo excluir a filiação socioafetiva, até então reconhecida, e acrescentar a filiação biológica da requerente, conforme seu pedido inicial.

Em que pese à “adoção a brasileira” se tratar de instituto irregular, conforme já mencionado anteriormente, a autora já contava com 56 (cinquenta e seis) anos de idade, e a relação com os pais socioafetivos perdurava desde que tinha 06 (seis) meses de idade, ou seja, por uma vida inteira as relações de carinho e afeto se deram única e exclusivamente com os pais adotivos, assim como as relações sociais e patrimoniais.

É uma aberração jurídica aceitar que apenas por vontade de uma das partes, seja ‘apagada’ toda a existência de um passado, fundado em direitos e deveres que passaram a existir a partir do momento em que se pode identificar uma ligação familiar marcada pela ‘socioafetividade’.

Não obstante, a relação entre estes entes não tenha sido formalizada pela adoção judicial, o núcleo que se formou pode ser considerado uma ‘entidade familiar’, vez que a Constituição Federal não tipifica todas as formas existentes de famílias, dando espaço para o reconhecimento de quaisquer ligações, se elas estiverem pautadas na afetividade.

Ademais, a filiação socioafetiva encontra respaldo no art. 227, §6º da Constituição Federal e artigo 1.593 do Código Civil, que identifica não apenas a adoção judicial, mas também “parentescos de outra origem”, de tal forma que contempla a filiação socioafetiva como elemento de ordem cultural.

Tal alegação é embasada, ainda, no Enunciado 103 do Conselho da Justiça Federal, que preceitua:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, *quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.* (grifo nosso)

O Conselho da Justiça Federal menciona, também, em seu Enunciado 256 que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”,

E, embora não esteja expressamente consagrada no ordenamento pátrio, é possível identificar a *afetividade* em certas passagens da legislação constitucional e infraconstitucional, podendo se afirmar que, atualmente, o afeto passou a fazer parte, implicitamente, dos princípios fundamentais da existência humana.

Além disso, embora a “adoção a brasileira” não constitua ato ou norma jurídica, a doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes em reconhecer a filiação socioafetiva, resguardando as relações de afeto e os direitos e deveres inerentes a essas relações, sendo consoante, por exemplo, as decisões no sentido de impedir a desconstituição da paternidade ou maternidade socioafetiva, quando o pedido é formulado por um dos pais, como acontece no caso em que o pai registra o filho da esposa e, posteriormente, se separa de sua companheira e quer, com isso, afastar a obrigação com o filho desta.

E é por isso que se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, que a ruptura da filiação socioafetiva, embora tenha existido por vontade da filha, afrontou diretamente o princípio da segurança jurídica, consagrado no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

Afirma-se isto, ao observar que foram consolidadas relações socioafetivas (sociais e patrimoniais) entre os sujeitos envolvidos, as quais são protegidas pelo ordenamento pátrio, conforme acima mencionado, e que, portanto, não podem ser alteradas em sua essência, devendo ser preservada a ligação jurídica que mantém tais sujeitos na mesma ordem de parentesco.

Importante destacar, ainda, que, da mesma maneira que surgiu a validação da união estável e seus efeitos jurídicos, formados a partir de uma composição afetiva, assegurando posicionamentos presentes e futuros e garantindo proteção jurídica sobre um ato de união consolidado, deve existir proteção, fundada também no afeto, nos casos de “adoção a brasileira”, para situações presentes e futuras, sendo que a vontade unicamente do filho não pode justificar a anulação do seu registro de nascimento.

É evidente que o direito ao conhecimento da origem genética é inviolável por consagrar a formação da personalidade humana, da mesma forma como acontece, hoje, nos moldes da adoção regular, porém, a ruptura da afetividade e convivência (e muitas vezes por interesses meramente patrimoniais), não pode encontrar respaldo no âmbito jurídico, uma vez que é visível, nesta situação, a violação de um princípio constitucional. Neste sentido, debate

Wania Andréa Campos, em seu livro “*O direito à busca da origem genética*”:

Assim, ainda que detenha o autor a posse de estado de filho, tal não obsta a propositura da ação visando a descoberta da verdade biológica. Só impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante. Precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos. (grifo nosso)

Ainda, as decisões judiciais neste sentido não podem se sujeitar as incertezas ou instabilidades emocionais daqueles sujeitos envolvidos na relação (o filho querer, por exemplo, a anulação do registro depois de uma briga com os pais socioafetivos), pois a filiação socioafetiva representa muito mais do que uma atitude meritória e louvável, já que, conforme mencionado, consolida uma série de relações sociais e patrimoniais, que não podem ser esquecidas ou invalidadas por um simples desejo pessoal do filho.

Tem-se, por fim, uma relação parental, cuja ruptura caracterizaria a violação ao princípio da segurança jurídica, uma vez que encontra suporte na jurisprudência brasileira e nos artigos da Constituição Federal e Código Civil. Logo, uma vez adquirida a filiação socioafetiva, com todas as suas características, não há que se falar em anulação do registro, mas, quem sabe, em sua manutenção, por meio da adequação ao instituto da multiparentalidade.

Portanto, a solução anteriormente encontrada pela doutrina e jurisprudência, a respeito da multiparentalidade, é a única maneira de não ofender nem o direito do filho (que não possui culpa alguma da irregularidade dos atos de seus pais socioafetivos), nem o direito dos pais biológicos (analisando, contudo, razões pertinentes para a busca do reconhecimento posterior da filiação natural) e, ainda, salvaguardar o direito dos pais adotivos, que construíram uma relação pautada na posse do estado de filho e consolidaram um vínculo de afeto e convivência, capaz de formação social e patrimonial irrevogável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação das relações familiares não se resume mais apenas nos liames consanguíneos, prevalecendo, consideravelmente, aquelas constituídas a partir da afetividade e convivência, sendo indispensável que o direito evolua, juntamente com essas novas formações, para se garantir os melhores interesses das crianças e adolescentes envolvidos.

Neste sentido é que a jurisprudência e doutrina brasileira firmaram o posicionamento

reconhecendo, por melhor interesse dos menores envolvidos, a validação da chamada “adoção a brasileira”, embora constitua ato ilegal e irregular de registro de criança ou adolescente em nome de pais socioafetivos.

Da mesma forma como ocorre na adoção judicial, na “adoção a brasileira” existe a possibilidade, assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, do filho vir a conhecer sua origem genética e, ainda, com a criação jurisprudencial do instituto da multiparentalidade, o registro de nascimento poderá ser aditado, fazendo constar, juntamente com a filiação socioafetiva, a filiação biológica.

Ocorre que decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça demonstraram violação ao princípio da segurança jurídica, consagrado constitucionalmente, pois anularam o registro socioafetivo, em ação pleiteada pela filha adotiva, fazendo constar apenas a filiação biológica, que foi descoberta quando a autora já contava com 56 (cinquenta e seis) anos de idade.

Embora o instituto da “adoção a brasileira”, como trazido, não constitua ato legal e regular, ele cria no mundo jurídico diversas situações e responsabilidades que não podem ser simplesmente ‘apagadas’ e ‘esquecidas’, até porque, devem ser consideradas as circunstâncias e o tempo de duração das relações familiares por afetividade.

Além disso, o instituto é unanimemente reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátria e encontra respaldo no art. 227, §6º da Constituição Federal e art. 1.593 do Código Civil, razão pela qual, embora não regulamentado formalmente, o fato viola o princípio da segurança jurídica.

A opção anteriormente encontrada pelos juristas, da aplicação da multiparentalidade (reconhecimento de dois pais ou duas mães) é a única, até o momento, condizente com situações de reconhecimento posterior da filiação biológica, para que não seja violado nenhum dos direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos no caso concreto.

Assim, não basta que o direito satisfaça as vontades do filho em ver reconhecida sua filiação genética, pautado no direito da dignidade humana e construção de sua personalidade, e ignorar totalmente a situação envolta do surgimento deste registro de nascimento, garantindo, ao pouco que seja, o direito dos pais socioafetivos, uma vez que a afetividade é atualmente a norteadora do Direito de Família moderno.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Portal Egov UFSC, 01,

2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9709-9708-1-PB.pdf>> Acesso em: 24 maio 2015.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Lei n.º 8.069/90. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 22 maio 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/ coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> Acesso em: 17 jun 2015.

BRASIL. Decreto Lei n.º 2.848/40 – Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm> Acesso em: 18 maio 2015.

22

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70062283361, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/11/2014. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível n.º 00021026920098050032 BA 0002102-69.2009.8.05.0032, Relator: Daisy Lago Ribeiro Coelho, Data de Julgamento: 08/10/2013, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 12/10/2013. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível, Relator(a): Guilherme Santini Teodoro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/05/2014; Data de registro: 20/05/2014. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.256.025 - RS (2011/0118853-4) – Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.274.240 - SC (2011/0204523-7) – Rel. Ministra Nancy Andrighi. Acesso em: 25 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.167.993 - RS (2009/0220972-

2), Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Acesso em: 25 mai. 2015.

BUCHMANN, Adriana. **A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentalidade sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio**. Universidade Federal de Santa Catarina, Graduação, Florianópolis, 2013.

CAMBI, Eduardo. MACIEL, Álvaro dos Santos. **Preenchimento judicial de lacuna jurídica: alteração do registro de civil de crianças e adolescentes para a inclusão do sobrenome dos pais de criação (sócio-afetivos) independentemente de adoção**. Revista Argumenta. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 7 – Jacarezinho, 2007.

COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. *Revista Jurídica CCJ – FURB*, v. 13, n. 26, p. 127 - 140, jul./dez. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. [201-?]. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf> Acesso em: 19 maio 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. [201-?]. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero6/adocao.pdf>> Acesso em: 18 maio 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 11 ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR, Nelson. **A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito**. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

PEREIRA, Dirce do Nascimento; STEFANIAK, Jeaneth Nunes. **A transformação da relação materno-filial da presunção à adjetivação da maternidade fundada no afeto**. *Direito de Família I – Constitucional II*, Florianópolis, CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b9cc29ff23a908aa>> Acesso em: 15 maio 2015.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHRODER, Letícia de Mattos. **Segurança Jurídica e jurisprudência: da dicotomia à otimização**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2014.

SILVA, Marllisson Andrade. **Adoção à brasileira x filiação biológica: posição do STJ**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43982&seo=1>> Acesso em: 18 maio 2015.

VALADARES, Isabela Farah. **Um novo olhar sob o vínculo paterno-filial no direito pós-moderno: da possibilidade de sua desconstituição quando ausente a socioafetividade**. *Direito de Família I – Constitucional II*, Florianópolis, CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86cfb7ae970c378a>. Acesso em: 15 maio

2015.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito, UFMG, v. 27, n.º 21, Belo Horizonte, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

A DEMOCRATIZAÇÃO DA MÍDIA COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À INFORMAÇÃO

Pablo Eduardo Pocay ANANIAS³

RESUMO

Entre os temas que se encontram mais em voga no cenário político atual, destaca-se a discussão acerca da necessidade de uma legislação que regulamente a mídia de modo à garantir a pluralidade de idéias e amplitude necessárias para um debate democrático realmente justo e efetivo. O presente artigo pretende discutir a legitimidade de tal regulamentação perante à Constituição de 1988, bem como analisar seus aspectos ideológicos, filosóficos, políticos e técnicos, tendo como norte não só a legislação já em vigor, como os projetos de reforma propostos e a legislação dos países que já implantaram tal regulamentação em seus ordenamentos. Por fim, busca-se apresentar uma análise dos sistemas propostos, verificando se permanecem consoantes com as garantias fundamentais da Carta de 1988, mas também capazes de sanar a problemática atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito– Mídia– Regulamentação – Liberdade de Expressão–Política

ABSTRACT

Amidst the key subjects in the recent political scenario, it is possible to highlight the discussion concerning the desirability of legislation intended to regulate media in order to guarantee the plurality of ideas that is so necessary for an democratic debate that is truly just and effective. This paper intends to discuss the legitimacy of such regulation in face of the Brazilian Constitution, as well as to analyze its ideological, philosophical, political and technical aspects, taking as guidelines not only the current legislation, as well as the proposed reform projects and the legislation of countries that have already implemented such regulation in their legal codes. Finally, we seek to present an analysis of the proposed systems, checking their compacity with the fundamental rights established by the Constitution, as well as if they are capable to fixing the current issues.

KEYWORDS: Law –Media–Regulation –Freedom of Speech– Politics

INTRODUÇÃO

Fenômeno recente, a imprensa direcionada às massas já deixou sua marca na conjuntura social moderna. Dos tempos da rádio, no início do século passado, até à era da informação, encabeçada pela internet, a mídia produziu tal efeito nas estruturas sociais que já é impossível imaginarmos a humanidade sem a presença da mesma. Ressalvados os aspectos inerentemente positivos dessa revolução tecnológica- Tal como a facilidade de acesso à informação- devemos também destacar os eventuais prejuízos que a mesma, uma

³ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

vez somada à lógica de mercado predominante nas sociedades ocidentais, pode vir à incorrer. É dentro desse contexto que nos perguntamos: será que, hipoteticamente, grupos midiáticos não poderiam influenciar a população de modo à garantir a predominância de um ponto de vista que vá de acordo com as necessidades de sua agenda política específica, ou ao menos suprimir os pontos de vista contrários ao seu? A fim de responder esse questionamento, bem como estudar e apontar caminhos para que consolidem-se garantias fundamentais relativas à informação, é que propõe-se este artigo.

Convém notar que o tema aqui abordado não é uma novidade, haja vista que juristas do mundo inteiro já observaram a forma com a qual a mídia, sem qualquer regulamentação, pode afetar negativamente a sociedade e propuseram legislações que sanassem as falhas observadas. Em meio a extensa lista de países que adotaram a regulamentação da mídia, temos a Argentina, os Estados Unidos, a Venezuela e o Reino Unido. Se por um lado podemos observar a existência desse mecanismo em nações de reputação democrática questionável, tal como a Venezuela, outras democracias consideradas saudáveis e até mesmo exemplares também apresentam legislações voltadas à esse objetivo, nominalmente os Estados Unidos da América e o Reino Unido. No Brasil, a iniciativa de regulamentar a mídia partiu de grupos ligados à Esquerda, tal como o Partido dos Trabalhadores. Por diversas razões, incluindo receios de que tais reformas possam desencadear na censura- Um tema que dissecaremos de forma mais precisa adiante- nem todos viram a proposta com bons olhos.

Um dos primeiros obstáculos à serem contornados ao se falar em regulamentação ou democratização da mídia é a questão da liberdade de expressão. Uma análise apressada do tema poderia acabar por concluir que qualquer proposta nesse sentido violaria esse direito fundamental devidamente garantido pela Constituição de 1988. Ocorre que, como melhor observaremos mais adiante, devemos nos manter atentos à existência de outro direito fundamental que acaba prejudicado devido à uma mídia desregulamentada: o direito à informação. Como ressaltam todos os constitucionalistas modernos, a hermenêutica constitucional consiste em nada mais do que, buscando sanar uma lide, pesar qual dos direitos fundamentais postos em voga é, de fato, mais valioso. Resta à nós, portanto, respondermos, mais vale a garantia de poder expressar-se livremente, ou o direito à informar-se de forma imparcial? Ou, ainda, existiria um meio termo, uma legislação feita na medida para que ambos direitos fossem preservados? É, por fim, esse o tipo de regulamentação que deve ser buscado: Uma que preserve ambas prerrogativas constitucionais extendidas à todos os brasileiros, garantindo informação imparcial e de qualidade, mas tomando cuidado para não ceder aos terríveis encantos da censura política.

É nessa esteira que vamos analisar inclusive sociologicamente o fenômeno da regulamentação econômica e social da mídia. Visto que ambos os direitos mencionados acima devem, em sua busca por efetividade plena, serem garantidos por alguma forma de legislação, entendemos que a análise das propostas de regulamentação previamente mencionadas nada mais é do que uma forma de se estudar os sistemas constitucionais de garantias de direitos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS E INFLUÊNCIA DA IMPRENSA

A Imprensa através da história

Como notou-se anteriormente, a mídia de massa como a observamos hoje é fenômeno extremamente recente; a própria etimologia da palavra tem origem no inglês “Media”, uma construção que seria inimaginável em tempos mais remotos, quando a “língua franca” do comércio, artes e ciências era o francês ou o latim. No entanto, seria um erro negarmos os antecedentes históricos: Se foi somente a partir do século passado que a mídia se estabeleceu tanto como vocabulário quanto instituição de peso na sociedade, a imprensa já existia à séculos, quiçá, milênios.

Ao se falar em imprensa, é impossível não fazer de imediato a conexão com a famosa invenção de Johannes Guttenberg, a prensa móvel. De fato, foi somente através dessa tecnologia que se tornou possível a expansão do jornalismo e facilitou-se o acesso à informação. Ocorre que, embora de forma notavelmente menos abrangente, o conceito já havia se instalado no seio da sociedade milênios antes: se existem dúvidas quanto a possível finalidade dos tubos de argila sumérios que datam do século XVII a.C, há certeza na existência de uma forma de boletim diário de notícias no Império Romano. No século I da atual era, o Imperador Augusto deu continuidade ao trabalho de seu pai adotivo Júlio César, que havia fundado a *Acta Diurna*, uma espécie de jornal que era colado à porta do Fórum Romano e trazia notícias sobre conquistas militares, obituários, fatos diversos e até mesmo crônicas esportivas.

Durante a Idade Média não se observa qualquer evidência arqueológica que possa indicar a existência da imprensa enquanto instituto, o que não significa, entretanto, negar a existência de qualquer veículo informativo naqueles períodos: muitas notícias eram divulgadas através de padres e panfletos eram postos na porta das igrejas, bem como folhetins com notícias comerciais e econômicas circulavam nas ruas das cidades mercantis, como Veneza. Enquanto isso, do outro lado do mundo, os chineses já faziam circular jornais em papéis publicados na forma de panfletos manuscritos desde 713 d.C.

É somente com Guttenberg em 1440 que a expansão da imprensa ocorre, sendo que no findar do século XV, 226 cidades já contavam com oficinas de imprensa locais. É nessa época que surgem alguns dos jornais mais antigos do mundo, como o sueco *Post-och Inrikes Tidningar*, datado de 1645 e em circulação até hoje. Na América, as colônias inglesas são as primeiras a terem imprensas próprias, seguidas pelas espanholas. No Brasil, por determinação da coroa portuguesa, a imprensa estava censurada, sendo proibidas tipografias na colônia: é só com a elevação do país à Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em 1808, que surge o *Correio Braziliense*, nosso primeiro jornal que, curiosamente, era editado em Londres.

É a partir do século XVIII e XIX que líderes políticos do mundo todo percebem o potencial da imprensa para influenciar a população, e a partir daí ocorre a maior proliferação dos jornais. Na revolução francesa, período que marcou a transição do *Ancien Régime* para o modo de pensar política presente atualmente, um dos mais impressionantes fatos é a expansão do número de publicações circulando. Durante o auge da Monarquia Absolutista, a censura era tanto que em junho de 1889 haviam somente cinco jornais circulando em toda Paris. Em dezembro do mesmo ano, o número havia saltado para impressionantes 130. Os jornais alcançavam todo tipo de parisiense: até mesmo os analfabetos, tendo em vista que era comum arautos da revolução lerem artigos em voz alta, no meio da rua, como meio de persuadir seus compatriotas. Aliás, sobre o uso da opinião pública pela burguesia inimiga do poder régio, com fins de afirmar sua posição no nascente cenário político, diz o sociólogo francês Patrick Champagne:

“[...] a ‘opinião pública’ é, assim, uma máquina de guerra ‘improvisada’ pelas elites intelectuais e pela burguesia de toga a fim de legitimar suas próprias reivindicações no campo político e enfraquecer o absolutismo régio [...] o problema colocado a essas elites intelectuais é somente justificar sua entrada em um jogo do qual ainda estão amplamente excluídas e minarm por todos os meios disponíveis, a legitimidade do poder político estabelecido.”
(CHAMPAGNE, 1996, p. 48).

No século XIX surgem as associações de imprensa, bem como empresas e profissionais liberais dedicados à buscar notícias para vender aos jornais. É nesse século, mais precisamente em 1851, que surgem nomes conhecidos hoje- Como *Reuters* e *The New York Times*. Aos poucos, os jornais impressos vão tomando a forma que conhecemos hoje, como o início da utilização de manchetes em 1861.

Outras tecnologias também vão surgindo, como o telégrafo ou a rádio, bem como a fotografia. É no final do século XX que se dá início a verdadeira revolução na comunicação e

informação. A invenção de satélites, do televisor e, finalmente, da internet, nos levam ao mundo como conhecemos hoje. Tão fácil é o acesso à informação, que não se trata de um absurdo afirmar que hoje talvez tenhamos a Biblioteca de Alexandria na palma de nossas mãos.

A HISTÓRIA DA CENSURA E REGULAÇÃO POLÍTICA DA IMPRENSA

Conforme observou-se anteriormente, a imprensa, ou alguma proto-forma infante dela, sempre acompanharam a sociedade ao longo da história. Toda forma de governo, desde de o mais absolutista ao com maior participação popular, tem interesse em manter a opinião pública ao seu favor, seja para evitar revoltas, protestos, ou simplesmente garantir popularidade até às próximas eleições. Nesse sentido, podemos observar os mais diversos mecanismos serem utilizados para calar publicações contrárias e promover comentários a favor de determinada administração pública.

A própria retrospectiva nos mostrou, por exemplo, que alguns dos governos mais lembrados da história se valeram de mecanismos similares. No seu auge, o Império Romano mantinha uma publicação diária estatal que vinculava as notícias de acordo com o ponto de vista das elites do governo. Não se tratava de censura, pois como foi indicado, sequer havia imprensa para fazer frente ao estado, o que não significa que a *Acta Diurna* não fosse um mecanismo de manipulação da opinião pública de todo modo.

Talvez um dos períodos no qual mais podemos observar a máquina do estado se movendo em sentido de censurar opiniões contrárias à sua é o fim da idade média e início da renascença. A monarquia, forma vigente de governo aquela época, legitimava-se principalmente através da fé católica. Quando indivíduos, algumas vezes dentro da própria Igreja, erguiam suas vozes para questionar os privilégios da nobreza ou do clero, não era incomum que fossem declarados hereges. Autores das mais novas descobertas científicas que poderiam comprometer os dogmas da fé eram convidados a renunciar suas posições ou sentenciados à morte. A Inquisição foi, antes de mais nada, um meio de censura.

Mesmo durante períodos de suposta “iluminação política”, podemos observar a imprensa e indivíduos sendo censurados ou utilizados para manipular a opinião pública. No auge da Revolução Francesa, centenas de Girondinos foram banidos do país pelos Jacobinos, para evitar que sensibilizassem a população contra a nascente Comuna de Paris.

No Brasil Colônia, a coroa tinha uma lista de obras que não poderiam circular pelo país, sendo que a maior parte delas estava nessa condição por ter inspirações iluministas, atentar contra a fé católica, ou contra o absolutismo monárquico português. Além disso,

estava proibida a circulação de jornais e a existência de tipografias nas colônias, sendo que essa era um peculiaridade da América Portuguesa.

Com o fim do Pacto Colonial em 1808 cria-se a Imprensa Régia, atual Imprensa Nacional, que editava a *Gazeta do Rio de Janeiro*. Por ser um veículo estatal, é óbvio que só se publicavam notícias favoráveis à monarquia, sendo que havia a chamada censura prévia: o jornal era submetido à inspeção e eram removidas quaisquer notícias que fizessem oposição à religião, ao governo e aos bons costumes. Ainda nesse ano, começa a ser editado e impresso em Londres o *Correio Braziliense*, jornal de posições conservadoras que, entretanto, fazia oposição à administração da família real. A primeira edição do jornal só chega ao país três meses depois de impressa em solo inglês e, de imediato, faz sucesso entre as camadas mais esclarecidas da população. No entanto, acaba apreendida e proibida pelo governo. A proibição às publicações não oficiais foi mantida até 1821, ocasião em que foi derrubada pelas revoltas em Lisboa que exigiam reformas de cunho constitucionalista que preservassem as liberdades públicas, pondo cabo à três séculos de censura em Portugal. Sobre isso, afirma a doutora em história Andréa Slemian:

“No Rio de Janeiro, a adesão aos vintistas em 1821 provocaria, de imediato, a extinção da censura régia sobre os impressos, e, portanto, um abrupto crescimento da produção e circulação de periódicos e panfletos, contribuindo ademais para liberalização, em nome do direito individual de liberdade de expressão, dos espaços de legalidade política. Com isso, o debate político ganhou publicidade jamais vista e, conseqüentemente, a prática da crítica e discussão uma maior materialidade do ponto de vista de seus suportes .”
(SLEMIAN, 2006, p. 24-25).

Por outro lado, após a independência, o Brasil adquire, principalmente durante o reinado de D. Pedro II, um caráter extremamente liberal, fazendo as artes e a imprensa florescerem no país. O Imperador era um determinado defensor da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, muitas vezes chegando ao ponto de se opor a maioria de congressistas conservadores. É irônico que um dos primeiros atos do governo após a proclamação da república foi a instituição da censura

Aliás, durante toda a República Velha, que englobou fenômenos políticos pouco democráticos, tal qual o Coronelismo, passando pelo Estado Novo e pelo Golpe Civico-Militar, o Brasil respirou pouca democracia; sendo que a primeira vítima desses momentos poucos democráticos costuma ser a liberdade de expressão. O Regime Militar ficou especialmente conhecido por relativizar garantias e direitos fundamentais.

De todos os atos da Ditadura, o mais emblemático talvez seja o AI:5, que, além de garantir todo o poder ao Executivo e desmoralizar os demais poderes, cerceou liberdades individuais, suspendeu o habeas corpus para “crimes políticos”, uma definição que jamais ficou suficientemente clara, e atentou até mesmo contra direitos considerados consolidados, como a propriedade. Garantiu ainda a possibilidade de se prender “preventivamente” por sessenta dias, dos quais dez em regime de incomunicabilidade, legitimando a tortura que já era praticada às escondidas. Por fim, calou a nação e foi a forma mais cruel de censura política, ideológica, artística e intelectual que o brasileiro já sofreu. Sobre esse capítulo de nossa história, afirma a historiadora do direito Flávia Lages de Castro:

“[...] o que os militares linha-dura necessitavam era apenas uma desculpa e ela foi dada por inocência ou opinião pelo deputado Marcio Moreira Alves do MDB quando recomendou, em discurso na Câmara, que o povo não comparecesse às festividades do Sete de Setembro em sinal de protesto [...] No dia 13 de dezembro de 1968 foi convocado o Conselho de Segurança Nacional para que este fosse informado do novo Ato Institucional à ser proclamado. Em uma mesma noite foi anunciado ao país um Ato Institucional que transformava uma ditadura em um Regime pior ainda [...]”(CASTRO, 2007, p. 552).

31

Resultado dos mais de 21 anos de uma ditadura militar que, embora não tão repressiva quanto a de vizinhos tal como a Argentina, deixou um gosto amargo na memória do brasileiro foi um medo quase perpétuo de quaisquer atos que possam desestabilizar a nossa tão frágil democracia. Nota-se que nem toda a população pensa dessa maneira, há quem defenda novas “intervenções”, mas fato é que o referido temor apoderou-se de grande parte da parcela mais esclarecida população- Juristas, congressistas, professores, enfim, formadores de opinião.

Talvez seja essa a razão que fez a Carta de 1988 ser apelidada de “Constituição Cidadã”, sobre a qual volta à afirmar a historiadora:

“A Constituição de 1988 tem uma característica que a faz alvo de muitas críticas: muitos elementos estabelecidos em seus parágrafos e incisos poderiam ter sido definidos em legislação comum. [...] Por outro lado, ‘o caráter enciclopédico deriva do medo do retorno ao arbítrio, ainda muito recente na memória nacional.’ A Lei Maior parecia ser o lugar mais protegido que as conquistas democráticas poderiam ficar.” (CASTRO, 2007, p. 563-564).

De todo modo, um dos reflexos perceptíveis da ditadura militar que assolou o país por mais de duas décadas foi um medo, extremamente justificável, de qualquer projeto ou reforma que possa vir à prejudicar as conquistas democráticas recentes. Se por um lado isso

evitou que fanatismos e sabores momentâneos no levassem à novos regimes indesejáveis, por outro provou-se um entrave à discussões deveras saudáveis, como a que toca o projeto de regulamentação econômica da mídia.

A IMPRENSA COMO INSTRUMENTO DE MANIPULAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Tendo observado as diversas formas de censura utilizadas ao longo dos séculos, algumas se valendo de meios até mesmo físicos tal como a tortura, é digno notar que por questões até mesmos morais o autor não apoia, endossa ou sequer tolera qualquer forma de supressão da liberdade de expressão ou de quaisquer outras liberdades individuais tão duramente conquistadas ao longo da história. Dito isso, não podemos deixar de constatar o poder arrebatador que a imprensa tem sobre a opinião pública, sendo capaz, inclusive, de manipula-la com fins até mesmo políticos.

Ora, ao longo dos últimos parágrafos foi observada a constância e voracidade com a qual estatistas de todas as épocas buscaram censurar ou controlar a imprensa. Isso serve, antes de mais nada, para atestar o poder que a mesma tem sobre a opinião público, algo que é reconhecido pelos próprios censores- Não houvesse tal influência, sequer haveria necessidade dos famintos de poder buscar cala-la.

No que pese que alguns desses esforços foram observados em tempos de absolutismo monárquico ou outras formas antidemocráticas de governos, é especialmente em governos representativos que a opinião pública mais importa, e, portanto, é quando a imprensa ganha mais força perante o estado. Seguindo uma linha de raciocínio similar, Lucien Jaume diz que “el gobierno representativo supone la fuerza de la opinión como realidad exterior a las instituciones del Estado: el *free government* es un *government by opinion*”. Ou seja: os moldes de governos democráticos que vêm para substituir o Ancien Régime, o dito *Free Government*, é na verdade um governo eleito e legitimado na opinião popular.

Antes que possamos seguir mais adiante, entretanto, torna-se deveras necessário explicar o que realmente é “opinião pública”. O cientista político italiano Giovanni Sartori o faz da seguinte forma:

“Em seu sentido primário, uma opinião é considerada pública não apenas por ser difundida entre os públicos, como também por dizer respeito a ‘coisas públicas’, à *res publica*. Em síntese, a opinião é antes de tudo um conceito político. Isso significa que uma opinião sobre coisas públicas é – deve ser – uma opinião exposta à informação sobre coisas públicas. Concluindo, a opinião pública pode ser definida da seguinte maneira: um público, ou uma multiplicidade de públicos, cujos estados de espírito difusos (opiniões) interagem com fluxos de informações relativas ao estado

da *res publica*.” (SARTORI, 1994, p.125).

Nota-se que, de todas as *muitas* relevantes informações expostas por Sartori, destaca-se a forma como ele nota que a formação da opinião pública se dá através da interação de “espíritos difusos” (opiniões anteriores) com o fluxo de informações relativas ao estado da coisa pública. Em tempos modernos, qual o outro meio de se conectar ao dito fluxo que não através da mídia, ou imprensa? É a partir daí que podemos começar a perceber o poder da mídia no mundo moderno.

Se no sistema vigente o governo é legitimado pela opinião pública, e a opinião pública só é formada através de contato com informações que, por sua vez, provém majoritariamente da mídia, está explicada a influência da mídia e, conseqüentemente, o desejo dos governos menos escrupulosos de silenciar-la.

Por outro lado destaca-se que, sendo detentora de tanta influência, existe um interesse real de partidos políticos, corporações, indivíduos poderosos e interessados na promoção de determinados ideais políticos, enfim, grupos interessados em ter à opinião pública ao seu lado, de controlar a mesma.

Se governos ditatoriais buscam controlar a opinião pública de forma até mesmo brutal, silenciando à imprensa e calando seus opositores, um outro perigo igualmente terrível, embora muito mais sutil, se faz presente nas democracias ocidentais livres e consolidadas: a possibilidade da imprensa local se tornar tão aparelhada pelo poder econômico que passe a ser monopolizada e, desse modo, propague somente uma ideologia, uma visão de mundo, e efetivamente amarre a opinião público com efetividade igual ou até maior que a dos ditadores.

Infelizmente, isso já é uma realidade. Se, no passado, termos como *social engineering* pareciam alienígenas ou fruto de teorias da conspiração, hoje são bastante reais. No Brasil, seis famílias controlam mais de 70% da imprensa. É desnecessário dizer que, por essa razão, a maior parte dos veículos de comunicação possuem uma linha editorial extremamente parecida. Os prejuízos que tal monopólio trazem para a opinião pública são imensuráveis, fazendo o próprio instituto da democracia definhando. No Brasil, a concentração de mídia já é um fenômeno real e palpável.

É a partir da constatação desse fenômeno, e o quão prejudicial ele é para com nosso bem mais preciso- A democracia-, que surge um desejo legítimo de se discutir um regulamento, uma legislação que venha a sanar as questões aqui levantadas. É igualmente legítimo os receios de que tais reformas resultem em uma censura velada, mas esse não é

motivo para que nos esquivemos do debate.

PREOCUPAÇÕES FILOSÓFICAS

Introdução- A questão “Justiça”

Destaca-se que, ao discutir qualquer projeto de lei ou reforma que trará efetivo impacto sobre a sociedade, é esperado que o legislador tenha em mente diversas questões, de modo que o mesmo faça uma análise profunda das mudanças propostas e de suas consequenciais sociais antes de aprovar ou não a referida legislação. O legislador deve, ou ao menos deveria, notar os princípios norteadores do ordenamento vigente, as razões por trás da alteração proposta, bem como suas consequências e efetividade social.

Podemos, entretanto, constatar, não sem certo pesar, que no atual cenário político brasileiro as questões políticas muitas vezes se sobrepõem às dúvidas de caráter filosófico. A última, empalidecida diante do jogo político que se desenrola diariamente, acaba por ser esquecida, o que por vezes resulta na aprovação de normas ineficazes ou até mesmo injustas. Daí a importância de se fazer uma breve análise filosófica sobre o projetos de lei à serem discutidos: não só haverá enriquecimento do debate, como também a discussão resultará em um projeto efetivamente mais justo. Ao falar de temas tão voláteis como a Regulação da Mídia, que confunde-se até mesmo com a censura, a necessidade de analisar tais conceitos é dobrada.

Enfim, o que mais importa ao direito é a justiça. Para alguns, “filosofia” remete à conceitos de epistemologia ou outros conceitos abstratos que, embora deveras importantes à ciência, não terão tamanho destaque nessa discussão. Estaremos retidos, portanto, a questão do justo. Sobre o papel dessa reflexão durante a elaboração das leis, Gustav Radbrunch discorre que:

“Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém significa: julgar sem consideração as pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. [...] Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito.[...] Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de todo modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade.”(RADBRUNCH, 1945)

É com essas reflexões em mente e, portanto, buscando questionar se há legitimidade filosófica, ou seja, se está consoante com princípios tais como a justiça e o bem comum, que julgaremos o exposto anteriormente.

MOLDE UTILITARISTA

O utilitarismo é uma doutrina ética e legal defendida principalmente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, ambos filósofos do direito. Para esses pensadores uma ação é boa, e portanto justa, somente quando tendem a promover “felicidade”, e são más quando geram o efeito oposto. O princípio do bem-estar máximo afirma que deveríamos agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar. Os filósofos sistematizaram esse princípio e conseguiram o aplicar a questões concretas, tal qual a legislação. Michael Sandel traduz as implicações da doutrina para o direito:

“Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral [...] Cidadãos e legisladores devem, assim, fazer a si mesmos a seguinte pergunta: Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzira mais felicidade do que uma decisão alternativa?” (SANDEL, 2012, p. 48)

O argumento dos utilitaristas foi, ao longo da história, utilizado inclusive para justificar ditaduras. Na verdade, o exemplo que o próprio Bentham dá para colorir suas ideias trata-se de uma prisão onde os detentos trabalham 16 horas por dia, sob a vigilância de um empresário que busca auferir lucros pessoais. Argumentos parecidos justificaram atos como a tortura ou a prisão política- Aliás, os utilitaristas tem por costume relativizar a moralidade pura, e consideram “direitos fundamentais” uma aberração jurídica.

Colocando o utilitarismo em contato com nossa problemática, será que seria possível legitimar a Regulamentação da Mídia? Ou seja, aos olhos do utilitarismo, as propostas são justas?

A resposta para essa questão é ambígua: Sim e não. Sim porque, para o utilitarismo, uma vez que se produz mais felicidade do que o oposto da felicidade, qualquer medida é justa, não importando seus aspectos morais. Ou seja, uma vez que se prove que a sociedade como um todo beneficiar-se-ia mais de uma imprensa regulada do que de uma totalmente livre, Bentham apoiaria a causa. Aliás, através dessa ótica é possível legitimar até a mesma a censura plena. Entretanto, se ficasse provado que a não regulamentação iria auferir mais felicidade, o utilitarismo a julgaria injustificável.

MOLDE KANTIANO

Kant era é um opositor ferrenho do utilitarismo. Na verdade, o sistema desenvolvido

por ele pregava o extremo oposto dos utilitaristas, estando mais próximo do discurso atualmente proferido por ativistas internacionais pelos direitos humanos, e até mesmo órgãos mundiais de renome, à exemplo da Unicef.

Para Kant, o que realmente importa é o motivo. A questão moral. Algo deve ser apoiado, ou não, baseado na moralidade daquela proposta. Novamente, evoca-se Sandel para ilustrar a situação:

“Immanuel Kant (1724-1804) apresenta uma proposta alternativa para a questão dos direitos e deveres, uma das mais poderosas e influentes já feitas por um filósofo [...] parte da idéia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito. (SANDEL. 2012. p. 136)

Nota-se, logo de imediato, que o pensamento de Kant foi o que influenciou a sociedade ocidental da maneira mais profunda, sendo a base para o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Se analisarmos sua teoria mais à fundo, poderemos entender sua definição de moralidade:

“Kant afirma que a moralidade não deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos, e preferências que as pessoas possam ter em um determinado momento. Esses fatores são variáveis e contingentes, diz ele, e dificilmente poderão servir como base para princípios morais universais- como direitos humanos universais. Mas o argumento mais fundamental em Kant é que basear os princípios morais em preferências e desejos- até mesmo o desejo da felicidade- seria um entendimento equivocado do que viria a ser moralidade. [...] Fundamentar a moralidade em desejos e preferências destrói sua dignidade. [...] o valor moral de uma ação não consiste nas suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é certa, e não por algum motivo exterior à ela. (SANDEL. 2012. p. 139, 143)

36

A introdução de Sandel, ainda que deveras simplificada, é precisa justamente por ser de fácil entendimento. Kant consta entre os mais complexos filósofos, e meditar sobre seu trabalho é um exercício árduo. Entretanto, a partir do que diz Sandel, não precisamos sequer nos aprofundar em seus demais conceitos, tal como o Imperativo Categórico, quiçá a maior de suas contribuições para com a filosofia, para confronta-lo com nossa problemática.

Como ficou exposto anteriormente, para Kant, ao contrário do que dizem os utilitaristas, o que importa é o motivo. Uma de suas máximas nos instrui a “agir de modo que nossos atos se tornem a regra para os demais”. Nesse sentido, será que é possível justificar uma legislação que busque regular as mídias?

Novamente, é possível responder tanto de forma positiva como negativa. Na verdade,

a filosofia em Kant é tão complexa que, por vezes, acaba por se mostrar abstrata. O que importa é o motivo, portanto, se o legislador quer promover tal reforma visando realmente balancear o poderio econômico sobre a imprensa, garantindo a sim a verdadeira liberdade de expressão e o direito á informação, o projeto é mais do que justo. No entanto, no caso de se tratar somente de mais intrigas políticas, a lei se torna injustificável. Por óbvio, é impossível um terceiro determinar qual é a verdadeira intenção do legislador, razão pela qual a pergunta feita torna-se de difícil resposta.

A LEGISLAÇÃO ATUAL

A primazia da Liberdade de Expressão.

Conforme foi visto anteriormente, a nossa própria história recente explica as razões da Constituição de 1988 dar tanto valor à Liberdade de Expressão. No regime imediatamente anterior ao atual, as violações de direitos humanos universais eram bastante comuns, vez que esses era relativizados pela jurisprudência. Sobre essa mudança de paradigma, atenta o Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

“Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. [...] Nessa nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior [...]. É possível constatar que vige no país a mais plena liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma.” (BARROSO. 2002. p. 34).

O Constituinte de 88, tão preocupado em evitar novos abusos, colocou o caráter cidadão da nova carta em voga: para isso citou termos como “cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “igualdade” e “liberdade” diversas vezes ainda nos primeiros cinco artigos do texto.

“Na Constituição de 1988, chamada Constituição Cidadã, os Direitos Individuais Clássicos são assegurados. O artigo quinto é um exemplo desses princípios **como por exemplo Liberdade de Expressão (Art. 5º, inciso IX)**, reunião [...], privacidade [...], inviolabilidade de domicílio [...] inviolabilidade de correspondência.”(CASTRO. 2007. p. 564. Grifo Nosso.)

Obviamente, a pergunta que se faz é como uma Constituição que faz uma defesa tão categórica da Liberdade de Expressão poderia dar qualquer possibilidade da aprovação de uma lei que, aos olhos de algum, atenta quanto esse próprio instituto.

A resposta à esse questionamento consiste, primeiramente, em desmontar a ideia de que regular a mídia econômica ou socialmente consiste em censurar. O direito à Liberdade de Expressão, embora fundamental e universal, também tem seus limites, alguns impostos, inclusive, pela própria Constituição. Limitar esse direito de acordo com os demais princípios dos ordenamento jurídico não significa censura, caso contrário, a própria carta estaria censurando e, conseqüentemente, contradizendo si mesma

Enfim, note-se que estão presentes exceções já vigentes tanto na própria Constituição, quanto na doutrina.

EXCEÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO

Um dos dilemas que surge ao garantir que todos podem expressar-se livremente está relacionado à calúnia. Se calar um indivíduo, negando-o seu direito fundamental à expressão, consiste numa afronta a dignidade humana, uma afronta de igual tamanho seria a propagação de uma informação caluniosa à respeito do mesmo indivíduo de modo que possa vir a ferir sua reputação ou imagem.

Prima face, é possível entender que o direito à propagar informações caluniosas estaria garantido na Liberdade de Expressão. No entanto, esse não é o caso. A mesma Constituição que garante a Liberdade de Expressão (Art. 5º, IX), garante a privacidade, a imagem e a honra (Art. 5º, X). A própria constituição vai além, e no inciso V do mesmo Art. 5º diz que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Trata-se, claramente, de uma exceção, ou um limite, se preferir, à Liberdade de Expressão. Se este último direito fosse tratado em sua forma mais pura, ilimitada, não seria possível exigir-se o pagamento de indenização por danos à imagem. No entanto, a própria constituição vem para confirmar o que foi dito antes: a expressão não é direito ilimitado. No momento em que faz fronteira com outros princípios constitucionais de igual relevância, é racionalizado.

Isto posto, também não devemos tropeçar em nossa interpretação e pensar que os artigos mencionados justificariam, por exemplo, a censura prévia da informação caluniosa de modo à garantir que o alvo dessa calúnia não tenha sua imagem ferida. A própria interpretação da carta é clara ao determinar a indenização feita posteriormente ao dano. Por

fim, na própria letra da lei há impedimentos à chamada “censura prévia”: o Art. 220 da mesma carta e seus parágrafos deixam isso mais do que claro.

Adicionalmente, todo o conteúdo dos Arts. 220 à 224 dá legitimidade à elaboração de legislação infraconstitucional que pretenda à regulação, destacando-se a normatização já em vigor, encontrada principalmente nos Arts. 221 e 222, que determinam “diretrizes” para a produção cultural nacional, e estabelecem limites para a propriedade de canais de mídia, que devem estar nas mãos de brasileiro nato ou naturalizado à mais de 10 anos. Quanto ao previsto nesses artigos, cita-se:

“Foi assim, por exemplo, que em seus artigos relativos à comunicação social (capítulo V do título sobre a ordem social), a constituição ao mesmo tempo reiterou a tradição liberal de garantia ampla e irrestrita a liberdade de expressão, e introduziu (ou reestruturou) princípios novos e importantes ao prever, entre outras coisas: a defesa, em legislação federal complementar, da pessoa e da família diante do poder da mídia (particularmente o rádio e a televisão); uma série de princípios norteadores da proteção audiovisual e, portanto, também das eventuais políticas de concessão que, por sua vez, passam a ser ratificada, ou canceladas, pelo Congresso Nacional; e, por último, mas não menos importante a instituição de um conselho de comunicação social para salvaguarda dos efeitos previstos em suas diretrizes. (LATTMAN-WELTMAN. 2008 p. 42)

39

EXCEÇÕES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Tendo observado a forma como existe, na própria letra da carta de direitos, limitações à liberdade de expressão, passamos a enfrentar a questão de como se porta a doutrina e a interpretação perante o fato.

Para melhor compreender essa problemática jurídica, é digno notar que, de acordo com a hermenêutica, um direito fundamental não pode prevalecer sobre outro. Sobre isso, afirma Nagib Slaibi Filho:

“Note-se que nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro, pois mesmo o direito à vida cede ao direito à vida de outro indivíduo ou da própria sociedade, nos casos, por exemplo, de legítima defesa.” (SLAIBI FILHO. 2004 p. 381)

Ainda sobre o procedimento a ser tomado ao encontrar dois direitos fundamentais conflitos, constitucionalistas são unânimes ao sugerir uma “pesagem” ou “ponderação” entre os valores protegidos, buscando encontrar qual deverá prevalecer frente ao caso concreto. Escreve Barroso:

“A ponderação consiste, portanto, em um técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou ineficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indiquem soluções diferenciadas.”(BARROSO.2002 p. 91)

Qual seria, portanto, o direito fundamental que estaria sendo ameaçado pela liberdade de expressão utilizada de forma abusiva? E de que modo tal conflito de direitos fundamentais justificaria uma legislação infraconstitucional que atente ao tema? O valor jurídico em questão, como foi dito algumas vezes no início desse artigo, é o direito á informação (Art 5º, XIV, XXXIII, XXXIV).

Quando o direito à informação e a liberdade de expressão entram, juntos, em conflito com a imagem e a privacidade mencionadas anteriormente, Barroso recomenda o seguinte:

“Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado para obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia [...]” (BARROSO. 2002 p. 128)

A pergunta que devemos nos fazer é: e quando os direitos em conflitos são, por sua vez, expressão e informação? Qual deverá ser preterido em nome do outro? A Constituição de 1988 dá possibilidade da criação de legislação infraconstitucional que verse sobre esse tema?

CONCLUSÕES PRÉVIAS ACERCA DA LEGITIMIDADE DA REGULAMENTAÇÃO PERANTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Entende o autor que há legitimidade jurídica para que se proponha legislação que vise a regulamentação da imprensa. Por vez que é clara, especialmente nos Artigos 5º e 220, a proibição constitucional à censura, um fenômeno inclusive histórico, o próprio Art. 220 admite que a liberdade de expressão tem um compromisso com os demais direitos consagrados à pessoa:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, **observando o disposto nessa Constituição.** [...]”(BRASIL. 1988, grifo nosso).

Seguindo esse raciocínio, vale lembrar que como foi mencionado previamente, regulamentação da mídia não incide em censura propriamente dita, que é o proibido pela

Constituição. Reconhecendo que, na conjuntura atual, onde poucas famílias controlam quase toda a mídia brasileira, o direito à informação está prejudicado frente à liberdade de expressão, é possível afirmar que não existe qualquer impeditivo de caráter constitucional que possa impedir a discussão de projeto que vise a regulamentação econômica da mídia. Portanto, não há qualquer inconstitucionalidade a ser verificada. Adicionalmente, o projeto foi analisado sob a ótica da filosofia do direito, e autor concluiu também não haver impedimentos à serem encontrados.

Ainda vale mencionar que outros países cujos ordenamentos jurídicos dão tanta atenção à liberdade de expressão quanto a Constituição brasileira implantaram esse sistema, sem que a regulamentação desencadeasse em censura.

A REGULAMENTAÇÃO DA MÍDIA AO REDOR DO MUNDO E A PROPOSTA BRASILEIRA

REINO UNIDO

No que toca a regulamentação da mídia, os britânicos possuem uma das mais duras legislações do mundo. O contexto no qual surgem as propostas de regulamentação da mídia no Reino Unido é um pouco diferente do caso brasileiro: se aqui as discussões começaram devido à preocupações com o monopólio dos meios de informação da sociedade por determinados grupos, o caso britânico esteve ligado à escândalos envolvendo espionagem.

A *British Broadcasting Corporation*, emissora pública de rádio e televisão do Reino Unido, resume os eventos que levaram à criação da legislação da seguinte forma:

“Em 2011, uma comissão judicial, coordenada pelo juiz Brian Leveson, passou a analisar desvios de ética na mídia após um escândalo envolvendo principalmente tabloides. Em um dos casos, um jornal hackeou o telefone de uma estudante assassinada e apagou mensagens da caixa eletrônica, o que deu à família e à polícia a esperança de que ela pudesse estar viva. O relatório final do chamado inquérito Leveson afirmou que a imprensa ‘causou dificuldades reais e, algumas vezes, estragos na vida de pessoas inocentes, cujos direitos e liberdades foram desprezados [...]’ (http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141128_midia_paises_la_b).

O resultado dos escândalo de 2011 foi a criação do chamado *Press Recognition Panel*, painel que supervisiona um órgão de auto-regulação e tem o poder de aplicar multas até um milhão de libras. A adesão ao sistema não é obrigatória, mas existem incentivos para que a imprensa o faça- Por exemplo, o canal que não aderir terá de pagar as custas de todo processo

que se envolver, por mais que saia vencedor. O sistema citado é válido para a mídia impressa, ou seja, jornais, tablóides, et cetera.

As emissoras de rádio e TV são regulados pelo *Ofcom*, que tem, entre outros, a atribuição de garantir a pluralidade na programação, a não exibição de material ofensivo, e que as pessoas não sejam expostas à tratamentos injustos ou tenham a privacidade invadida em programas.

Durante a elaboração do “inquérito Leveson”, vários dos principais jornais britânicos se mostraram receosos, afirmando que a regulamentação poderia sujeitar a imprensa à interferência indevida de políticos. Esse tipo de protesto também tem ocorrido no Brasil, onde grandes meios de comunicação chegam a afirmar categoricamente que há possibilidade da regulamentação resultar em “censura velada”.

O mais relevante sobre o sistema inglês talvez seja não seu funcionamento, mas as causas do mesmo. Enquanto o Brasil se preocupa com o direito à informação, já devidamente explicado nas páginas anteriores, o que levou a implantação de tal regulamentação no Reino Unido foram escândalos relacionados ao direito de imagem e à privacidade.

42

ESTADOS UNIDOS

Ao contrário do Brasil, que pretende a aprovação de uma “Lei de Imprensa” , nos EUA não existe uma “legislação central” que interaja com a problemática. A regulamentação norte-americana é feita através de várias legislações.

As telecomunicações são reguladas pela FCC (*Federal Communications Commission*-Comissão de Comunicações Federal), um órgão independente do governo cuja criação data de 1934. A FCC regula o mercado através de concessões econômicas, sendo responsável pela outorga das mesmas.

De forma esparsa, a legislação também determina a proibição da propriedade cruzada, o que significa que uma mesma empresa não pode ser proprietária de diferentes meios de comunicação. Quanto à classificação de conteúdo, o entendimento generalizado é que deve ser feito pelo mercado, havendo, entretanto, a possibilidade de multas em casos considerados abusivos. Os canais devem, ainda, dedicar pelo menos três horas semanais para programação infantil educativa.

No que toca a mídia impressa, prevalece a opinião da autorregulação mercadológica, sendo que é comum casos de calúnia ou difamação gerarem processos, que costumam resultar em multas pesadas.

AMÉRICA LATINA

Quando se fala em Regulamentação de Imprensa na América Latina, é comum lembramos dos sistemas venezuelano e argentino, que estão sempre em voga devido à cobertura de nossa mídia nesses países. Recentemente a Venezuela tem recebido variadas críticas devido à denúncias sobre a existência de presos políticos, além da repressão de protestos. O país ainda é conhecido por possuir a lei Resorte - Responsabilidade Social em Rádio e Televisão. Essa legislação entrou em vigor três anos após o chamado “golpe midiático” contra o então presidente Hugo Chaves, que levou também a criação do documentário “A Revolução não será televisionada.” Um caso emblemático, envolvendo o apoio da maioria da mídia à um golpe de estado, gerou uma contraofensiva do executivo, que resultou na regulação da imprensa.

Fica proibida a hereditariedade no setor de telecomunicações, e o tempo máximo da concessão de frequências de rádio e televisão é de 15 anos, prorrogáveis ou não, cabendo ao estado decidir contraria ou favoravelmente à tal prorrogação. Fica proibida a transmissão de eventos ao vivo que possam incitar à “violência.” Violações da lei geram sanções que podem incluir a suspensão do sinal por até 72 horas, sendo que em um dos casos mais emblemáticos dos últimos anos, a suspensão do sinal da RCTV gerou protestos.

O modelo é amplamente criticado por associações de imprensa dentro e fora do país, incluindo a ABI- Associação Brasileira de Imprensa. A mídia brasileira fala sem receios e com um tom crítico que teme que a regulamentação em nosso país nos aproxime do caso venezuelano.

Na Argentina existe, desde 2009, a *Ley de Medios*. Mais moderada que a norma venezuelana, mas ainda assim bastante criticada pela mídia local, a lei surge durante uma disputa entre o Kirchnerismo e alguns meios críticos do governo. A legislação fixa limites de licença e área de atuação por indivíduo que faça investimentos, determina quotas de produção local para a grade programática, e restringe “propriedades paralelas dos grupos de imprensa no país.”

O discurso da presidente Cristina Kirchner quando buscou a aprovação da lei se assemelha bastante ao dos que advogam tal causa no Brasil: a chefe do executivo falou em monopólios, e defendeu a comunicação como um direito humano, sendo que a regulamentação promoveria uma pluralidade de vozes, e chegou até mesmo a fazer ataques ao grupo Clarín. Os opositores, entretanto, falaram que a legislação era inconstitucional pois atentava contra o direito adquirido, a propriedade e a liberdade de expressão, o que não foi o entendimento da Suprema Corte local que decidiu pela constitucionalidade da lei.

As diferenças entre o modelo venezuelano e argentino são notáveis, apesar de ambos serem de inspiração semelhante. O primeiro foca grande parte dos poderes nas mãos do executivo, permitindo que, satisfeitos alguns pormenores legais, o presidente eleito revogue suspenda sinais e não renove concessões. Em tempo, o modelo argentino, igualmente criticado, é muito mais moderado, possuindo critérios claros e bem regulamentados pela legislação.

PROPOSTA BRASILEIRA

No Brasil, a regulamentação da mídia é uma bandeira histórica do Partido dos Trabalhadores. O tema esteve especialmente em voga durante a campanha eleitoral de 2014, quando houve pressão tanto interna, dentro do partido, quanto externa, partindo da oposição, para que o tema fosse discutido. Alguns eventos foram de alguma importância para que o tema fosse trazido à tona: quando às vésperas da eleição, a revista *Veja* publicou uma reportagem de capa acusando o partido de estar envolvido com os escândalos de corrupção na Petrobras, sendo posteriormente condenada pelo TSE pelo ato. É bastante conhecido o discurso do PT de que há oposição sistemática as ideias dos partido na mídia- O presente artigo não tem intenção de discutir o mérito dessas acusações, mas nota-se que elas são catalisadoras do debate atual.

Anteriormente, falava-se muito em “Regulação Social da Mídia”, o que era entendido por críticos da proposta como um caminho para a censura. Recentemente, o discurso foi abrandado, e fala-se em uma “Regulamentação Econômica”, se aproximando mais dos moldes norte-americano e britânico do que aquele empregado, por exemplo, pela Venezuela. Reiteradas vezes os defensores da proposta sublinharam que não existem intenções de se regular o conteúdo.

Por questões até mesmo legais, os afetados pelas propostas de regulamentação se limitam às concessões públicas: rádio e televisão. Não existe possibilidade de se regular mídias físicas, como jornais e revistas, e também domínios da internet, por não se tratarem de concessões.

Dentre as propostas já reveladas temos o impedimento de monopólio e propriedade cruzada dos meios, tal como ocorre nos Estados Unidos, o veto à propriedade de emissoras por políticos, a proibição de aluguel de espaços na grade de programação.

Se por um lado esse projeto é extremamente criticado pelas associações nacionais de mídia e imprensa, por outro o enviado da ONU ao Brasil para discutir a liberdade de expressão, David Kaye, referendou a necessidade de regulamentação.

CONCLUSÃO

Ao longo da confecção desse artigo, me vi na oportunidade de estar em contatos com obras, que, em alguns casos, eram até então desconhecidas ou conhecidas tão somente na superfície. Ao dar início aos trabalhos, me vi com uma posição relativamente bem definida sobre o tema, a qual, após contato mais aprofundado com as obras utilizadas, sofreu alterações, resultando na conclusão exposta logo adiante. De todo modo, busquei referendar minhas opiniões nas fontes de conhecimento provenientes da pesquisa de autores mais capacitados, e citei-os ao longo do corpo deste texto, tornando-os em ferramenta para defender minhas opiniões: o chamado “argumento de autoridade” é necessário ao se posicionar sobre qualquer tema. Tive também o trabalho de buscar posições contrárias a minha, e diversas vezes alertei sobre a posição de entidades respeitadas acerca da possibilidade, inclusive, de censura. Acredito apresentar um trabalho de caráter plural e consolidadas bases.

Dito isso, reitero posições que já levantei antes: Não há impeditivos constitucionais ao projeto de Regulamentação da Mídia, como busquei provar em itens anteriores. Ainda, tendo mencionado filósofos que são considerados progenitores do modo de pensar ocidental, notei estarem as propostas consoantes com a principiologia da democrática moderna, bem como legitimadas no Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, julgo impossível falar em “apoio irrestrito” ao projeto. Se minhas opiniões ao início desse empenho eram nesse sentido, notei, principalmente ao estudar a história recente, haver razões para o receio de que haja censura. Não acredito, como alguns, que o projeto tenha por motivação a instauração de um sistema de “censura velada”, mas noto que eventuais brechas na elaboração da dita regulamentação poderiam levar à abusos.

Desse modo, apoio e laudo os esforços de se implantar uma legislação justa que busque efetivar o direito à informação de qualidade ao mesmo tempo em que preserve o direito fundamental à expressão, mas faço ressalvas a qualquer eventual defeito ou arbitrariedade que possa ferir nosso direito à denunciar abusos, opor-se, ou apoiar, o governo e movimento, e demais garantias que são, antes de mais nada, frutos do trabalho do constituinte de 1988. Digo ainda que a regulamentação é nada mais do que uma maneira de garantir o acesso ao direito à informação, portanto um mecanismo legal de garantia de direitos.

Assim, encerro o presente artigo reiterando minhas posições claras e notando que, independente de conceitos prévios, busquei a imparcialidade e seriedade, que resultaram

nesta mesma conclusão.

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988**. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. Porto Alegre: Lumen Jures. 2007. 572 p.

CHAMPAGNE, Patrick. **Formar opinião: O novo jogo político**. Petrópolis: Vozes. 1996.

BANDEIRA, Luiza; CORRÊA, Alessandra e outros. **Como funciona a regulação da mídia em outros países?** BBC Brasil: Londres, 1º dezembro 2014. Acesso em: 28 junho 2015.

Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141128_midia_paises_lab>

LATTMAN-WELTMAN, Fernando. Comunicação e regulação na editoração multimídia: um enfoque histórico. In: (ORGS) SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emilio; PIERANTI, Octavio Penna. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

RADBUCH, Gustav. **5 minutos de Filosofia do Direito**. (Publicado em 12 de setembro de 1945, em forma de circular dirigida aos estudantes da Universidade Heidelberg - versão em português no Apêndice II, da tradução feita por Cabral de Moncada, de sua *Filosofia do Direito* - Armênio Amado, Editor, Sucessor: Coimbra, 1974, 5a. edição, pp. 415 - 418).

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012. 349 p.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**. Volume I: O debate contemporâneo. São Paulo: Ática. 1994.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SLEMIAN, Andrea. **Vida política em tempos de crise: Rio de Janeiro (1808-1824)**. São Paulo: Aderalto e Rothschild Editores. 2006.

A EDUCAÇÃO ESPECIAL ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS

Geraldo Rodrigues da SILVA NETO⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como foco a educação voltada à pessoa com deficiência, também chamada educação especial, que teoricamente deveria ser resguardada pela Constituição Federal e demais legislações vigentes. Pretende-se traçar um paralelo entre os textos legais (àqueles de matéria constitucional e especial) e o real atendimento educacional especial proporcionado à pessoa com deficiência. Outrossim, busca-se entender qual o suporte que o Estado dá àquele que tem alguma necessidade especial, seja ela auditiva, visual, física ou mental. Da mesma forma, faz-se um questionamento acerca da falta desse suporte e o porquê de o atual cenário da educação especial vivido pelo país se mostrar precário e, por fim, analisa-se, ainda que brevemente, a acessibilidade na sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Acessibilidade. Educação especial. Efetividade. Pessoa com deficiência.

ABSTRACT

This paper focuses on education geared to people with disabilities, also called special education, which should theoretically be safeguarded by the Constitution and other existing laws. It is intended to draw a parallel between the legal texts (those constitutional and particular matter) and the real special educational services provided to the poor. Furthermore, we seek to understand what the support that the State gives to the one who has any special needs, be it auditory, visual, physical or mental. Similarly, it is a questioning about the absence of such support, and why the current situation of special education experienced by the country prove precarious and, finally, analyzes, albeit briefly, accessibility in Brazilian society.

KEYWORDS: Accessibility. Special education. Effectiveness. Disabled person.

INTRODUÇÃO

O trabalho aqui desenvolvido trata do atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência frente à Constituição Federal e demais legislações específicas. Busca-se mostrar que tanto a Lei Maior, quanto demais leis sobre o tema não têm sido integralmente cumpridas. A educação especial tem se mostrado lenta e falha.

Ter-se-á no decorrer dos capítulos um aprofundamento no que diz respeito ao que a Constituição Federal assegura às pessoas com deficiência no campo da educação. Demais legislações também serão abordadas.

⁴ Estudante de Projuris.

Importante salientar que a deficiência aqui discutida engloba debilidades mentais, auditivas, visuais e físicas. Convém notar também, que esse atendimento educacional especializado deveria dar suporte suficiente para que a pessoa com deficiência pudesse vir a ter um tratamento igualitário perante a sociedade, tornando-se assim, um importante e indispensável meio de promover sua inclusão social.

Destarte, o presente estudo se justifica por tratar de um tema que está diretamente ligado a um direito essencial e vital da pessoa com deficiência, visto que a educação é a base para tudo que se almeja na vida.

O trabalho tem como principal objetivo propor uma análise crítica sobre a educação especial, demonstrando a realidade educacional vivida pelo país por meio de um paralelo entre o que está sendo feito e o que deve ser feito de acordo com a legislação vigente.

É esse paralelo que demonstrará o principal problema sobre o qual foca-se o presente estudo: embora exista o amparo legal, tanto no texto constitucional, quanto em legislações específicas, a educação destinada às pessoas com deficiência caminha a passos lentos em nosso país, contribuindo assim, para a “exclusão” social dos chamados deficientes frente à grande massa.

Nesse contexto, torna-se oportuno um questionamento a respeito da educação especial no Brasil: há um cumprimento real e efetivo da nossa legislação, ou trata-se apenas de letra morta de lei? E mais: como deve ser elaborada essa educação especial, ou seja, como ela deve ser colocada em prática? Há professores capacitados, materiais adaptados? As respostas a essas e a outras perguntas serão encontradas no decorrer dos capítulos que seguirão.

No momento, apenas a título introdutório, parte-se da ideia de que para que haja um mínimo de justiça, os preceitos legais devem ser observados. O atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência é um direito garantido e resguardado pela Constituição Federal e demais legislações específicas, sendo que o seu real e efetivo cumprimento é indispensável para que a pessoa com deficiência possa ter uma educação digna. No entanto, o atual cenário da educação especial vivida pelo país é precário.

Almeja-se, portanto, além do cumprimento efetivo da lei, fomentar a discussão acerca das reais possibilidades de mudanças, que possam vir a garantir à pessoa com deficiência um tratamento isonômico perante o corpo social.

A EDUCAÇÃO ESPECIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, abordar-se-á o texto constitucional e demais legislações especiais que tratam do atendimento educacional especializado, tendo por escopo a interpretação de cada

artigo, parágrafo e inciso a fim de que se possa entender como a educação especial é assegurada pelo legislador.

INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ARTIGO 208, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal resguarda nove artigos referentes à educação. Primeiramente, em seu artigo duzentos e cinco, a Carta Magna assegura que a educação é direito de todos e um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada pela sociedade, objetivando atender a todos sem qualquer distinção. José Afonso da Silva, em uma interpretação ao texto constitucional, afirma que cabe ao Estado garantir a educação a todos:

Significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição sobre a educação e ensino não de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização (2005, p. 184).

49

No entanto, a educação é abordada neste artigo de forma muito ampla. A educação especial, objeto principal do presente trabalho, ganhou um maior enfoque no artigo duzentos e oito, mais especificamente em seu inciso terceiro, onde o legislador preceitua que deve ser garantido às pessoas com deficiência, atendimento educacional especializado, preferencialmente, na rede regular de ensino.

Não à toa, que ao tratar acerca do atendimento educacional especializado, deve-se levar em consideração que o estudo e a didática empregada devam ser diferenciados, contudo, distante de qualquer discriminação entre a pessoa com deficiência e a pessoa sem deficiência, mas sim, como forma de se alcançar, com métodos distintos, uma igualdade entre todos.

Nas palavras da professora Danielle de Oliveira Cabral Faria, em seu artigo denominado “A Inclusão Social da Pessoa com Deficiência na Constituição Brasileira de 1988”:

Porém, podemos perceber que a Constituição de 1988 caminhou no sentido de senão igualar – o que sabemos ser impossível, tendo em vista as visíveis e inúmeras dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência – ao menos diminuir a grande desigualdade social enfrentada por essas pessoas

(2012, p.128).

A lei é clara. O trecho “atendimento educacional especializado” implica em um atendimento educacional, necessariamente, diferente do despendido ao homem médio. Essa diferença deve existir na forma de ensino (didática), na capacitação dos professores, nas salas de aula, tudo, com o objetivo de preparar a pessoa com deficiência para o futuro e também para que ela possa vislumbrar os objetivos constitucionais inseridos no artigo duzentos e catorze da Constituição Federal, quais sejam: a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do país.

Continuando com a interpretação do artigo duzentos e oito da Constituição, em seu inciso terceiro, o trecho que diz “preferencialmente na rede regular de ensino”, insinua que a pessoa com deficiência deve ser tratada de forma igualitária aos demais, frequentando o mesmo ambiente de estudo do homem médio, sem qualquer prejuízo de aprendizado, recebendo atendimento especial.

A educação da pessoa com deficiência deve ser feita na mesma classe das pessoas sem deficiência. Os professores devem desenvolver habilidades próprias para permitir a inclusão desse grupo de pessoas. O trabalho inclusivo refletirá a tarefa de agregar democraticamente todos agentes neste processo. A inclusão na rede regular de ensino, com o desenvolvimento de tarefas específicas – e mesmo com tarefas de apoio, para permitir a sua melhor adaptação – mostrará o grau de cumprimento do princípio da igualdade (ARAUJO, 2011, p. 57).

Torna-se relevante, no entanto, destacar que a pessoa com deficiência não é inserida obrigatoriamente no ensino regular. A legislação é transparente quando coloca o advérbio modal “preferencialmente”, ou seja, dependendo da deficiência do indivíduo, há a possibilidade dele não conseguir acompanhar o ensino regular.

A palavra "preferencialmente" recebeu novo entendimento (apesar, ressaltamos, de manter-se o mesmo texto). Hoje não se imagina mais uma escola segregada, onde crianças com deficiência convivam com crianças com deficiências apenas. É preciso desenvolver a inclusão, como forma de participação social e democrática. O aluno ingressa na rede regular, trabalha com colegas sem deficiência e se desenvolve a partir de critérios próprios, escolhidos pela professora que saberá (deverá saber) avaliar o aluno dentro de sua realidade (ARAUJO, 2011, p. 105).

Por fim, vale ainda esclarecer, que tanto o presente inciso do artigo supracitado, quanto as leis que tratam da educação às pessoas com deficiência, não mencionam uma idade

mínima ou máxima para matrícula, seja no ensino fundamental, seja no ensino médio. Entretanto, entende-se pelo termo “rede regular de ensino”, que se devam seguir as diretrizes da educação básica e obrigatória. Logo, tem-se como idade mínima quatro anos e idade máxima dezessete.

INTERPRETAÇÃO À LUZ DO DECRETO 3.298 DE 1999

Não bastasse a lei constitucional garantir a educação especial à pessoa com deficiência, o legislador, por meio do referido decreto, regulamentou a lei 7.853/89. Com tal decreto, buscou-se ampliar a proteção às pessoas com deficiência, de forma que se pudesse promover, ainda mais, sua inclusão social.

A lei nº 7853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto nº 3298, de 20 de dezembro de 1999, consolida a norma de proteção à pessoa com deficiência. A referida Lei prescreve as medidas que deverão ser observadas no tocante à inclusão social nos campos da educação e do trabalho, bem como esclarece sobre as garantias nas áreas da saúde, recursos humanos e edificações (FARIA, 2012, p. 128).

Foi criado um capítulo que regulamenta como deve ser o acesso da pessoa com deficiência à educação. Referido capítulo inicia-se com o artigo vinte e quatro, que por sua vez, foi dividido entre incisos (que tratam das medidas da Administração Pública Federal no tocante à inclusão da pessoa com deficiência no ensino regular) e parágrafos (que buscam conceituar o que seria a educação especial).

Art. 24. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta e indireta responsáveis pela educação dispensarão tratamento prioritário e adequado aos assuntos objeto deste Decreto, viabilizando, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: I - a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoa portadora de deficiência capazes de se integrar na rede regular de ensino; II - a inclusão, no sistema educacional, da educação especial como modalidade de educação escolar que permeia transversalmente todos os níveis e as modalidades de ensino; III - a inserção, no sistema educacional, das escolas ou instituições especializadas públicas e privadas; IV - a oferta, obrigatória e gratuita, da educação especial em estabelecimentos públicos de ensino; V - o oferecimento obrigatório dos serviços de educação especial ao educando portador de deficiência em unidades hospitalares e congêneres nas quais esteja internado por prazo igual ou superior a um ano; e VI - o acesso de aluno portador de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, transporte, merenda escolar e bolsas de estudo.

Como se vê, os incisos buscam dar suporte ao ensino especial, traçando diretrizes

básicas para uma educação reta e transparente. De certa forma, eles foram elencados para demonstrar quais são os direitos da pessoa com deficiência frente à educação fundamental, bem como o que deve e pode ser cobrado da Administração Pública Federal para que o real e efetivo cumprimento desses direitos aconteça.

Quanto aos parágrafos, como já dito, buscam conceituar a educação especial, objetivando que a pessoa com deficiência tenha conhecimento de tal definição e do que ela deve lhe proporcionar no que diz respeito a uma educação digna e igualitária em relação ao ensino regular.

§ 1º Entende-se por educação especial, para os efeitos deste Decreto, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para educando com necessidades educacionais especiais, entre eles o portador de deficiência. § 2º A educação especial caracteriza-se por constituir processo flexível, dinâmico e individualizado, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios. § 3º A educação do aluno com deficiência deverá iniciar-se na educação infantil, a partir de zero ano. § 4º A educação especial contará com equipe multiprofissional, com a adequada especialização, e adotará orientações pedagógicas individualizadas. § 5º Quando da construção e reforma de estabelecimentos de ensino deverá ser observado o atendimento as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas—ABNT relativas à acessibilidade.

52

Há uma ressalva em relação à conceituação de “educação especial” no que se refere a quem ela é direcionada. O legislador, no parágrafo primeiro, direciona a educação especial ao “educando com necessidades educacionais especiais”, mas ao colocar o termo “entre eles o portador de deficiência”, abre uma lacuna no tocante a quem mais essa educação especial pode atingir. Logo, conclui-se que o não portador de deficiência também pode ser beneficiado por tal lei, desde que apresente, ao menos, alguma precariedade educacional.

Por sua vez, o artigo vinte e cinco oferece às instituições de ensino serviços de educação de forma transitória ou mesmo permanente, para que uma possível falta ou inexistência do atendimento educacional especializado possa ser sanada.

Art. 25. Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação geral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando.

O artigo vinte e seis vai mais além: estabelece uma proteção à pessoa com deficiência internada em instituição hospitalar. Ele preceitua que a pessoa com deficiência, nesta

situação, pode ter acesso à educação especial ou, caso esse acesso já exista, que seja mantido.

Art. 26. As instituições hospitalares e congêneres deverão assegurar atendimento pedagógico ao educando portador de deficiência internado nessas unidades por prazo igual ou superior a um ano, com o propósito de sua inclusão ou manutenção no processo educacional.

Continuando, o artigo vinte e sete faz menção às garantias mínimas em relação à elaboração das provas para que a pessoa com deficiência possa vir a ingressar no ensino superior.

Art. 27. As instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência. § 1º As disposições deste artigo aplicam-se, também, ao sistema geral do processo seletivo para ingresso em cursos universitários de instituições de ensino superior. § 2º O Ministério da Educação, no âmbito da sua competência, expedirá instruções para que os programas de educação superior incluam nos seus currículos conteúdos, itens ou disciplinas relacionados à pessoa portadora de deficiência.

Em consonância com o acatado, o artigo vinte e oito foca a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, concedendo ao aluno matriculado no ensino fundamental ou médio acesso à educação profissional, a fim de que ele tenha um suporte básico suficiente, para que possa vir a exercer alguma atividade laboral.

Art. 28. O aluno portador de deficiência matriculado ou egresso do ensino fundamental ou médio, de instituições públicas ou privadas, terá acesso à educação profissional, a fim de obter habilitação profissional que lhe proporcione oportunidades de acesso ao mercado de trabalho. § 1º A educação profissional para a pessoa portadora de deficiência será oferecida nos níveis básico, técnico e tecnológico, em escola regular, em instituições especializadas e nos ambientes de trabalho. § 2º As instituições públicas e privadas que ministram educação profissional deverão, obrigatoriamente, oferecer cursos profissionais de nível básico à pessoa portadora de deficiência, condicionando a matrícula à sua capacidade de aproveitamento e não a seu nível de escolaridade. § 3º Entende-se por habilitação profissional o processo destinado a propiciar à pessoa portadora de deficiência, em nível formal e sistematizado, aquisição de conhecimentos e habilidades especificamente associados a determinada profissão ou ocupação. § 4º Os diplomas e certificados de cursos de educação profissional expedidos por instituição credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente terão validade em todo o território nacional.

Ao ensejo da conclusão deste subitem, o artigo vinte e nove apresenta-se como um complemento aos artigos antecedentes, de tal modo que seu texto se dá em torno de certas

especificidades que são indispensáveis para que a educação especial torne-se real, como por exemplo, a capacitação de professores e a eliminação de qualquer barreira física que possa atrapalhar o desenvolvimento educacional especial.

Art. 29. As escolas e instituições de educação profissional oferecerão, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência, tais como: I - adaptação dos recursos instrucionais: material pedagógico, equipamento e currículo; II - capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados; e III - adequação dos recursos físicos: eliminação de barreiras arquitetônicas, ambientais e de comunicação.

Assinale ainda que tais procedimentos são de suma relevância, uma vez que é por meio desse serviço de apoio que o conhecimento será transmitido à pessoa com deficiência.

INTERPRETAÇÃO À LUZ DA LDB – LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO (LEI 9.394/96)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi promulgada com base no texto constitucional e regulariza todo o sistema educacional brasileiro. Já em seu artigo quarto, que discorre sobre o direito à educação e o dever em educar, especificamente em seu inciso terceiro, trata do tema aqui abordado, qual seja, o atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência.

Entretanto, é no capítulo quinto, do artigo cinquenta e oito, que a educação especial recebe destaque, tendo três artigos que abordam o tema em questão. Neste passo, o artigo cinquenta e oito define o que é e o que abrange a educação especial, tendo em vista a efetiva educação à pessoa com deficiência.

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial. § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular. § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Convém ressaltar a preocupação do legislador em mencionar o termo “rede regular de ensino”, sendo que além do *caput*, nos dois parágrafos subsequentes ele destaca referido termo, a fim de que não haja qualquer distinção entre a pessoa com deficiência e àquela que

não porta deficiência alguma.

Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, pessoas com deficiência ou não. Aliás, permitir que as pessoas sem deficiência se relacionem com pessoas com deficiência fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática (ARAUJO, 2011, p. 57).

O artigo cinquenta e nove tem por escopo os sistemas de ensino (fundamental, médio ou superior) e as garantias mínimas que estes devem oferecer às pessoas com deficiência. Cada inciso trata de uma garantia diversa, que vai desde o básico, como o método de ensino e recursos educativos, passando pelos professores especializados e por uma educação profissional, e terminando no acesso igualitário aos benefícios sociais.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados; III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora; V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

55

Por fim, o artigo sessenta trata dos órgãos normativos relacionados às instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas na educação especial e que devam receber total apoio do Poder Público.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público. Parágrafo único. O Poder

Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

Insta salientar que o legislador teve grande preocupação em não entrar em contradição, pois as leis infraconstitucionais, ora interpretadas, mantiveram os princípios do texto constitucional.

INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A presente Convenção, assinada em Nova York em 30 de março de 2007, é composta por cinquenta artigos e traça normas e diretrizes que ratificam o direito da pessoa com deficiência.

Importante frisar que é o único tratado internacional, até o presente momento, referente aos Direitos Humanos, que foi sancionado nos moldes do artigo 5º, §3º, ou seja, como emenda à Constituição Federal.

Em meio aos vários temas que a Convenção aborda, o assunto objeto do presente estudo ganha enfoque em seu artigo vigésimo quarto, que trata da educação à pessoa com deficiência:

Art. 24. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: a. O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; b. O desenvolvimento máximo possível personalidade e dos talentos e criatividade das pessoas com deficiência, assim de suas habilidades físicas e intelectuais; c. A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

A primeira parte do referido artigo discorre sobre as obrigações assumidas pelos países que aderiram à Convenção, bem como traça os objetivos de cada Estado para que possam conferir à pessoa com deficiência as garantias mínimas sobre o tratamento educacional especializado.

Igualmente, merecem destaque os objetivos que devem ser resguardados pelos Estados Partes, tendo em vista que os preceitos fazem menção não só a educação, mas

também a dignidade da pessoa com deficiência. Em outras palavras, o legislador pretende, por meio da educação, fazer com que a pessoa com deficiência tenha uma vida digna perante a sociedade.

Em face dos objetivos por meio dos quais as três letras do número 1 do artigo 24 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência permeiam o ordenamento jurídico brasileiro o resgate da figura do educando como agente do próprio aprendizado torna-se uma necessidade. Somente por meio dele é que se firmará a dignidade e a autoestima da pessoa com deficiência, propiciando o máximo desenvolvimento do ser humano capaz de, em qualquer fase da vida, admitir-lhe participar de uma sociedade livre (VOLTOLIN, 2012, p.176).

Na segunda parte do artigo, o legislador enumera os direitos a serem resguardados à pessoa com deficiência. Determinado rol não se demonstra taxativo, visto que além dos deveres pontuados, outros mais podem surgir a fim de que a educação especial seja assegurada.

57

2. Para a realização deste direito, os Estados Partes deverão assegurar que: a. As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob a alegação de deficiência; b. As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c. Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d. As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e e. Efetivas medidas individualizadas de apoio sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, compatível com a meta de inclusão plena.

A terceira parte corresponde às formas de inclusão educacional, ou seja, aborda o que deverá ser cedido pelos Estados Partes a fim de que educação especial seja efetivada.

3. Os Estados Partes deverão assegurar às pessoas com deficiência a possibilidade de aprender as habilidades necessárias à vida e ao desenvolvimento social, a fim de facilitar-lhes a plena e igual participação

na educação e como membros da comunidade. Para tanto, os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas, incluindo: a. Facilitação do aprendizado do braile, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares; b. Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda; e c. Garantia de que a educação de pessoas, inclusive crianças cegas, surdo cegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados às pessoas e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

Por sua vez, a quarta parte do artigo em questão, aborda a qualificação dos professores frente à educação especial. Trata do emprego de professores com deficiência e de suas capacitações, a fim de que possam passar a seus alunos total conhecimento acerca das matérias ministradas no ensino regular.

4.A fim de contribuir para a realização deste direito, os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braile, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Esta capacitação deverá incorporar a conscientização da deficiência e a utilização de apropriados modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

58

Por fim, a quinta parte do artigo trata das modalidades de ensino e do acesso que a pessoa com deficiência deverá ter a todas elas como forma de evitar qualquer desigualdade.

5.Os Estados Partes deverão assegurar que as pessoas com deficiência possam ter acesso à educação comum nas modalidades de: ensino superior, treinamento profissional, educação de jovens e adultos e aprendizado continuado, sem discriminação e em igualdade de condições com as demais pessoas. Para tanto, os Estados Partes deverão assegurar a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Como se percebe, em meio às legislações abordadas neste Capítulo, a proteção é muito ampla, sendo que o ordenamento jurídico mantém real preocupação com a educação

especial às pessoas com deficiência. Por outro lado, há um grande abismo entre essa real preocupação legal e a realidade educacional especial vivida nos dias de hoje, de forma que, embora a legislação seja extremamente protetiva e asseguradora, há muito o que se fazer para que ela possa ser efetiva.

TRATAMENTO IGUALITÁRIO?

O tratamento educacional especializado destinado à pessoa com deficiência gera questionamento acerca do princípio constitucional da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade.

O texto constitucional, em seu artigo quinto, menciona expressamente que todos devem ser tratados igualmente, sem qualquer distinção, todavia, não é o único, havendo outros artigos onde se busca resguardar esse princípio, de forma que todos possam vir a ter o mesmo tratamento isonômico.

Sobre o tratamento isonômico, Luiz Alberto David Araujo, em seu livro titulado “A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência” esclarece:

O direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas com deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade (2011, p. 49).

Entretanto, outros doutrinadores ensinam que o conceito positivado de igualdade é muito relativo e amplo. Há uma distinção entre a “igualdade na lei” e a igualdade “perante a lei”.

Temos, segundo a doutrina, a distinção entre duas expressões: “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”: A primeira significa que o legislador, ao elaborar leis ou atos normativos, e o executivo, ao elaborar medidas provisórias, devem observar o princípio da isonomia; já a segunda deve ser traduzida no sentido de que o intérprete/autoridade pública, diante da lei ou ato normativo já elaborado, também deve observância ao referido princípio no momento da aplicação da norma (FARIA, 2012, p. 121).

Cumprir acrescentar, que não só a Constituição Federal, como também as legislações específicas, que tratam da educação especializada à pessoa com deficiência, trazem em muitos dos seus artigos, incisos e parágrafos a preocupação com esse tratamento isonômico, de tal sorte que o legislador destaca em muitos dos textos o termo “preferencialmente na rede

regular de ensino”, fazendo com que se chegue à conclusão de que a educação para a pessoa com deficiência e àquela que não porta deficiência alguma deve seguir os mesmos parâmetros, guardadas as devidas proporções.

O objetivo maior, como se não bastasse, é que essa inclusão se dê, preferencialmente, na rede regular de ensino, para que, se possível, e desde que haja estrutura física e assistencial para isso, não se estabeleça qualquer diferença entre um estudante “comum” e outro que possua alguma disfunção sensorial (cegueira, mudez, surdez, surdo-mudez) ou física (má-formação congênita ou adquirida de um membro, p. ex.). A igualdade deve ir desde a merenda escolar – obviamente -, ao transporte casa-escola-casa, ao tipo de material utilizado, ao tipo de ensino ministrado (BERNARDI; DE LAZARI, 2012, p. 313).

No entanto, cumpre observar que o atendimento educacional especial às pessoas com deficiência mostra-se como um fator imprescindível e indispensável para que ocorra igualdade, tendo em vista que este tratamento especial faz com que a pessoa com deficiência possa vir a ter uma educação e um aprendizado que acompanhe aquele que não porta deficiência alguma.

60

Na realidade, o patrimônio jurídico das pessoas com deficiência se resume no cumprimento do direito à igualdade, quer apenas cuidando de resguardar a obediência à isonomia de todos diante do texto legal, evitando discriminações, quer colocando as pessoas com deficiência em situação privilegiada em relação aos demais cidadãos, benefícios perfeitamente justificados e explicados pela própria dificuldade de inclusão natural desse grupo de pessoas (ARAUJO, 2011, p. 80).

Assim sendo, se há desigualdade no tocante à educação especial, essa desigualdade deve, então, ser preservada, como forma de atingir os preceitos legais. Não deve ocasionar a inconstitucionalidade da norma, pelo contrário, deve ser usada como meio de promover a justiça.

No que diz respeito ao tratamento igualitário, o professor Renato Bernardi, juntamente com o professor Rafael José Nadim de Lazari apontam três temáticas pertinentes, que complementam o assunto em questão e que serão abordadas nos subitens que seguem:

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana é um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal, especificadamente em seu artigo primeiro, inciso terceiro, que norteia toda e qualquer norma jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana conduz, por sua vez, compromisso com o absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo o ser humano, sem exceções. Toda pessoa é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é intrínseca à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o coloca acima de qualquer indagação (DE CARVALHO; DA SILVA, 2012, p. 251).

Logo, impossível negar a importância e a essência de tal princípio fundamental, que atrelado ao princípio supracitado, forma o suporte para que a pessoa com deficiência seja equiparada ao educando, sem deficiência alguma.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Igualmente, cumpre observar que os direitos fundamentais garantidos pelo Estado devem ser assegurados a todos, sem qualquer tipo de distinção. No entanto, o questionamento deste subitem encontra-se na participação, também, do particular (pessoa) frente a esses direitos fundamentais, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, não se deve esperar que somente o Estado garanta tais princípios. Todos os cidadãos devem ser garantidos e garantidores, ou seja, devem praticar tais dispositivos fundamentais e não somente permanecer atrelados à lei.

Em outras palavras, o que se está a dizer é que, ainda que não houvesse qualquer comando normativo disciplinando o acesso educacional da pessoa portadora de deficiência, ainda assim deveriam os estudantes respeitar seu congênere pela simples condição de ser humano (BERNARDI; DE LAZARI, 2012, p. 314).

Do mesmo modo, no que tange ao tratamento educacional especializado, torna-se imperioso que todos façam a sua parte, a fim de que as barreiras quanto ao aprendizado sejam eliminadas. Exemplos como auxiliar um cego a compreender os assuntos que estão sendo abordados, gesticular ao surdo para que ele possa entender o que está sendo lecionado, ou ajudar o cadeirante a ter seu devido espaço na sala de aula, embora sejam condutas mínimas, englobam todo o conceito de direito fundamental.

DIREITO À EDUCAÇÃO E À CAPACIDADE INTELECTUAL

Por fim, um último fator que complementa o tratamento igualitário face à educação especial encontra-se na própria lei, ou seja, é a proteção dada pelo legislador para que haja um tratamento isonômico, sem qualquer tipo de discriminação entre a pessoa com deficiência e o homem médio.

Além desse fator legal, há outro, referente ao aprendizado e a capacidade intelectual do indivíduo, que diz que não é porque determinada pessoa porta algum tipo de deficiência, que ela possui uma capacidade de aprendizado menor ou inferior àquela que não porta deficiência alguma.

Não se pode esquecer que, mesmo o compositor Ludwig Van Beethoven ou o físico-matemático Stephen Hawking, ou o ex-presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, apesar de terem desenvolvido suas inaptidões depois de adultos, são gênios de seu tempo. A deficiência destas não representou qualquer óbice à sua capacidade intelectual (BERNARDI; DE LAZARI, 2012, p. 315).

Assim, como se pode verificar, qualquer distinção que seja feita entre a pessoa com deficiência e o homem médio se tornam infundadas e irracionais.

ACESSIBILIDADE

Ao discorrer sobre a educação especial, inevitável se torna o questionamento acerca da acessibilidade, uma vez que o ensino especializado é uma das formas imprescindíveis de inclusão da pessoa com deficiência perante a sociedade.

Nesse contexto amplo, a acessibilidade à educação deve ser a que permita aos alunos com deficiência interagir, por si só e inclusive fora do ambiente da sala de aula, com as informações que se mostrem necessárias para a incrementação do seu aprendizado, colocando-o como verdadeiro agente do seu próprio conhecimento (VOLTOLIN, 2012, p. 176).

Assim sendo, o tratamento educacional especializado deve receber tratamento ímpar, de tal modo que possa proporcionar às pessoas com deficiência possibilidades reais e igualitárias de convivência em sociedade.

Ressalta-se, ainda, que não basta apenas e tão somente ficar a mercê de uma teoria de educação acessível. Deve-se exigir que a educação e outros fatores de acessibilidade, como por exemplo, rampa em calçadas, prédios e construções, transportes adequados, materiais redigidos em braile, recursos auditivos, estrutura especializada, centros de apoio, dentre outros, tornem-se uma realidade comum ao dia-a-dia, colaborando assim para que a pessoa com deficiência tenha uma vida mais digna.

Neste sentido, é de suma relevância que se destaque o artigo nono da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que aborda o tema da acessibilidade:

Art. 9.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver com autonomia e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes

deverão tomar as medidas apropriadas para assegurar-lhes o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ou propiciados ao público, tanto na zona urbana como na rural. Estas medidas, que deverão incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, deverão ser aplicadas, entre outros: a- Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, moradia, instalações médicas e local de trabalho; e b. Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

Como se depreende do texto legal, os países partes, que são aqueles que aderiram à Convenção, não hesitaram em conceituar o termo acessibilidade. Também traçaram formas e diretrizes a fim de que as “dificuldades” oriundas de qualquer das espécies de deficiência fossem sanadas.

Há que se destacar que a preocupação para com essas medidas não se restringe apenas à zona urbana. O legislador tomou cuidado em destacar também a zona rural para que não haja qualquer espécie de distinção ou parcialidade.

Não bastasse a conceituação do referido tema, a Convenção aponta deveres e obrigações aos Estados Partes, a fim de que essa acessibilidade seja concretizada.

Os Estados Partes deverão também tomar medidas apropriadas para: a. Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de padrões e diretrizes mínimos para a acessibilidade dos serviços e instalações abertos ou propiciados ao público; b. Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ou propiciados ao público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência; c. Propiciar, a todas as pessoas envolvidas, uma capacitação sobre as questões de acessibilidade enfrentadas por pessoas com deficiência; d. Dotar, os edifícios e outras instalações abertas ao público, de sinalização em braile e em formatos de fácil leitura e compreensão; e. Oferecer formas de atendimento pessoal ou assistido por animal e formas intermediárias, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público; f. Promover outras formas apropriadas de atendimento e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar-lhes seu acesso a informações; g. Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à internet; e h. Promover o desenho, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação em fase inicial, a fim de que estes sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a um custo mínimo (ART. 9º, DECRETO 6.949/09).

Como se verifica, são muitas as garantias mínimas que devem ser resguardadas pelos países que aderiram à Convenção (dentre eles o Brasil). Entretanto, impossível não notar o contraste do texto legal com a realidade brasileira. Corriqueiramente, podemos observar em

noticiários e até mesmo presenciar casos de extremo desrespeito à pessoa com deficiência. Há ainda muita precariedade e falta de compromisso com o tema. Em outras palavras, há muito que ser feito.

Complementando o abordado, o professor Elvis Donizeti Voltolin, em seu artigo titulado “Alunos com Deficiência, Ações afirmativas e Concretização do Direito Humano à Educação Acessível”, acerca da Convenção, ora discutida, pontua:

Alcançado esse ponto, é importante perceber que, por se qualificar como um tratado internacional de direitos humanos, as previsões da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência acabam por se somar aos direitos e garantias expressos na Constituição Federal, determinando a interpretação do conteúdo da Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996. Além disso, por definirem direitos e garantias fundamentais, contam com aplicação imediata, tal como admite o parágrafo 1º do artigo 5º da referida Constituição (2012, p. 185).

Logo, trata-se de lei constitucional e como tal deve ser observada e efetivada perante o convívio social.

EDUCAÇÃO INCLUSIVA VERSUS EDUCAÇÃO ACESSÍVEL

64

Partindo do conceito de acessibilidade, bem como dos ensinamentos do professor Voltolin, no que tange à educação especial, há uma distinção a ser feita entre a educação inclusiva e educação acessível.

A educação inclusiva é aquela que inclui a pessoa com deficiência junto aos demais, proporcionando uma interação dela com grupos de pessoas. Ela funciona como um “pontapé inicial” na convivência entre a pessoa com deficiência e o homem médio. Exemplo: a própria legislação ou o próprio ordenamento jurídico, ao abordar a educação especial, trata da educação inclusiva quando elabora normas de inclusão da pessoa com deficiência na sociedade.

Por outro lado, a educação acessível é aquela que vai servir para que a educação inclusiva possa produzir os seus efeitos, ou seja, são os meios, os recursos que vão fazer com que a pessoa com deficiência seja incluída no convívio social. Exemplo: recursos visuais, audiovisuais, materiais em braile, professores especializados, enfim, mecanismos que irão suprir a deficiência ou, ao menos, amenizá-la.

A partir do momento em que se perceber que a educação inclusiva coloca-se como correlata da educação acessível será possível admitir a cada aluno com deficiência desenvolver, por si mesmo, cada um dos objetivos

elencados no artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, admitindo-lhe a aquisição do conhecimento necessário para firmar-se como pessoa, dentro e fora das salas de aula que vier a frequentar ao longo da vida (VOLTOLIN, 2012, p. 189).

Em virtude dessas considerações, como se pode perceber, os conceitos de educação inclusiva e educação acessível complementam-se. Entretanto, para que tenham efetividade, devem caminhar juntos, de modo que tanto um, quanto outro não encontre restrições, sejam no campo jurídico, sejam nas salas de aula.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o acatado no decorrer desta pesquisa, notoriamente pode-se apreciar a importância do tema em questão, de forma que o exposto nos traz a realidade acerca do tratamento educacional especializado dirigido à pessoa com deficiência.

Importante salientar, no que tange ao texto legal, seja ele advindo da Constituição Federal ou de leis especiais ou ordinárias, que a educação especial recebe uma ampla proteção jurídica, capaz de fornecer à pessoa com deficiência a garantia dos seus direitos no cenário educacional. Entretanto, embora essa garantia esteja expressa no ordenamento jurídico, há um grande abismo entre a teoria (norma jurídica) e a realidade educacional nas escolas brasileiras.

Essa discrepância se dá pela discriminação sofrida pela pessoa com deficiência, muitas vezes tratada como “diferente” perante a sociedade, que reconhece “normais” apenas aqueles que são plenamente “saudáveis” ou “capacitados”.

É evidente que tal irracionalidade não deve ser admitida, visto que a pessoa com deficiência é tão humana quanto qualquer outra, tendo a mesma capacidade de aprendizado das demais. Sendo assim, deve haver um tratamento paritário, igualitário, de modo que a educação especial possa trazer à pessoa com deficiência uma vida digna e um perfeito convívio social. Para isso, a acessibilidade se torna um meio indispensável.

Também é preciso insistir no fato de que a participação do Estado deve ser efetiva, de modo que garanta à pessoa com deficiência o mínimo necessário para que ela tenha uma educação que faça jus às suas necessidades.

Então, o que fazer?

Uma das soluções seria dar ao atendimento educacional especializado um maior respaldo, não somente jurídico, mas também social, de forma que a pessoa com deficiência possa ter acesso a uma educação que a ajude a conseguir uma melhor inserção na sociedade, além de ajudá-la a garantir seu futuro acadêmico, profissional e familiar. Os investimentos

devem ser aumentados e realmente destinados e aplicados em prol da educação.

Neste diapasão, como se pode verificar, há muito que ser feito para que o tratamento educacional especializado possa vir a ter um real e efetivo cumprimento. Há que se destacar a importância de se procurar resguardar a proteção às pessoas com deficiência, visto que, nos dias de hoje, elas enfrentam problemas que vão desde a discriminação até a falta de acessibilidade.

Deve-se partir do raciocínio de que a deficiência é algo relativo, seja ela auditiva, visual, física ou mental. Ela parte do próprio achismo daquele que a vive. Concomitantemente, a capacidade de aprendizado é inerente a cada indivíduo, cabendo somente a ele traçar seus limites.

Sendo assim, deficiente torna-se aquele que não se esforça para expandir seu conhecimento ou superar seus limites. Aos que são rotulados deficientes apenas por possuírem alguma limitação física ou mental, sugere-se outra denominação: vencedores ou, quiçá, portadores de superação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. Documento eletrônico. {online}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2013.

BALDI, César Augusto. **Tratados Internacionais Podem Ampliar Direitos**. Documento eletrônico. {online}. Disponível na Internet via WWW.URL:<<http://www.conjur.com.br/2009-nov-13/tratados-internacionais-ampliam-direitos-pessoas-deficiencia>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

BERNARDI Renato; Rafael José Nadim de Lazari. **Inclusão Educacional da Pessoa Portadora de Deficiência: Benefícios e Riscos** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Sérgio Tibiriçá Amaral. **Direitos Humanos: um olhar sobre o viés da inclusão social**. Birigui: Boreal, 2012.

CARVALHO, José Raimundo de; Bruno Miola da Silva. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Inclusão Social** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Sérgio Tibiriçá Amaral. **Direitos Humanos: um olhar sobre o viés da inclusão social**. Birigui: Boreal, 2012.

CHATT, Cidinei Bogo;. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência e os Aspectos Jurídicos para sua Efetivação**. Documento eletrônico. {online}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7148/a_protacao_constitucion{online}. Disponível na Internet via WWW.URLal_das_pessoas_portadoras_de_deficiencia_e_os_aspectos_juridicos_para_sua_e

fetivacao>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

OLIVEIRA CABRAL FARIA, Danielle de. **A Inclusão Social da Pessoa com Deficiência na Constituição Brasileira de 1988** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Murilo Angeli Dias dos Santos. **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

SENA, Felicíssimo. **Os Deficientes e a Proteção Legal de seus Direitos**. Documento eletrônico. {online}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.oabgo.org.br/Revistas/30/materia-2.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VOLTOLIN, Elvis Donizeti. **Alunos com Deficiência, Ações Afirmativas e Concretização do Direito Humano à Educação Acessível** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Sérgio Tibiriçá Amaral. **Direitos Humanos: um olhar sobre o viés da inclusão social**. Birigui: Boreal, 2012.

A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Amanda Cristhina FLACH⁵

RESUMO

Trata o presente trabalho de pesquisa bibliográfica realizada acerca da evolução constitucional do direito à educação. Para o desenvolvimento da pesquisa, foram levados em consideração diversos momentos da história brasileira e quais as repercussões políticas e sociais no modo de produção do direito. Utilizou-se o método histórico e dedutivo, vez que foi necessário realizar uma análise do texto das Constituições Brasileiras para identificar em quais momentos o direito à educação foi tratado como prioridade. O problema a ser analisado na presente pesquisa, diz respeito a identificação de marcos históricos que repercutiram na previsão constitucional do direito à educação. Para que fosse possível chegar à resposta do problema apresentado, foi preciso compreender como o Brasil se organizava politicamente e que tipo de influência cada constituição brasileira recebeu. Algumas constituições apresentaram traços significativos das ideias absolutistas, outras foram extremamente liberais e outras se preocuparam essencialmente com os direitos sociais. De análise de tais questões, foi possível concluir que o direito à educação não evoluiu paulatinamente em cada constituição brasileira, mas sua relevância oscilou de acordo com a influência política e social de cada momento da história.

PALAVRAS CHAVE: Constituições. Direito à educação. Evolução histórica.

68

ABSTRACT

Treats Gift bibliographic research work carried out on the constitutional evolution of the right to education. To develop the research took into account several times in Brazilian history and what the political and social repercussions in the right mode of production. We used the historical and deductive method, as it was necessary to perform a text analysis of the Brazilian Constitutions to identify moments in which the right to education was treated as a priority. The problem to be analyzed in this study concerns the identification of landmarks that affected the constitutional provision of the right to education. For it to be possible to reach the problem of response presented, it was necessary to understand how Brazil was organized politically and what kind of influence each Brazilian constitution received. Some constitutions showed significant traces of absolutist ideas, others were extremely liberal and others were concerned mainly with social rights. Analysis of such issues, it was concluded that the right to education has not evolved gradually in every Brazilian constitution, but its relevance fluctuated according to political and social influence of each moment in history.

KEYWORDS: Constitutions. Right to education. Historical evolution.

INTRODUÇÃO

O direito à educação, consagrado pela Constituição Republicana de 1988 como um

⁵ Estudante de Pós-graduação - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA.

direito social de aplicabilidade imediata, nem sempre teve a relevância devidamente merecida. Dependendo do momento histórico vivenciado pelo povo brasileiro, a educação era relegada a segundo plano e ganhava conotação de um direito secundário e de pouca importância.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar como o direito à educação evoluiu ao longo do tempo e como foi alçado à categoria de direito fundamental.

Para que fosse possível chegar às conclusões do problema apresentado, foi necessário compreender como se deu a construção da cidadania no Brasil a partir de uma análise realizada por Marshall na Inglaterra. Para o referido autor, a cidadania era construída a partir da concretização dos direitos civis, posteriormente dos direitos políticos e por fim, dos direitos sociais. Tratava-se de um processo expansivo e cumulativo, em que esses direitos evoluíam na medida em que a sociedade fosse se desenvolvendo (KOERNER, 2005, p.62).

Contudo, em que pese a análise sobre a construção da cidadania idealizada por Marshall parecer brilhante sob o ponto de vista teórico, a história brasileira seguiu uma ordem totalmente inversa, assegurando a educação como direito social em determinadas constituições, e na sequência, retirando tal direito.

Justamente diante dessa instabilidade política e teórica que a presente pesquisa se desenvolverá. Serão demonstradas quais consequências influenciaram no modo de produção dos textos constitucionais e por quais razões a educação foi tratada com prioridade ou deixada em caráter secundário.

Por fim, a pesquisa deixará um convite ao leitor para dar continuidade à análise do assunto, já que a educação é uma questão que não se esgota e vai muito além de mera previsão constitucional. Entre a previsão no texto legal e a verdadeira concretização do direito à educação, existe um longo percurso, que depende não somente do Estado, mas de todos os cidadãos brasileiros (BULHÕES, 2009, p. 186).

A CIDADANIA SOB A PERSPECTIVA DE MARSHALL.

Com base na situação vivenciada na Inglaterra após o estopim da Revolução Industrial e as mudanças sociais da época, T. H. Marshall escreveu sobre a evolução da cidadania e a concretização dos sociais como última etapa de conquista de direitos (KOERNER, 2005, 61-63).

Marshall divide os direitos em civis, políticos e sociais. Os direitos civis abrangeriam o direito à vida, à segurança, julgamento imparcial, liberdade de expressão, de consciência, igualdade e propriedade. Os direitos políticos abrangeriam o direito de votar e ser votado, de

participar de partidos políticos e de participar da vivência política em si. Os direitos sociais por sua vez, abrangeriam as necessidades da sociedade, tais como: direito à educação, saúde, moradia, etc (KOERNER, 2005, p.62).

Para Marshall, esses direitos deveriam ser alcançados de forma gradual e cumulativa. No século XVIII os direitos civis foram assegurados; no século XIX, os direitos políticos; e no século XX, os direitos sociais. Para ele, esses direitos deveriam ser conquistados ao longo da história e nunca retroceder. Os indivíduos deveriam cumular ao longo da evolução estatal, os direitos civis, políticos e sociais (KOERNER, 2005, p.62).

De posse de tais questões, é possível perceber que a educação é tratada como direito social e última etapa a ser conquistada pelos indivíduos, de modo que não é possível, em nenhum momento, a supressão desse direito.

Contudo, conforme se verá a seguir, enquanto na Inglaterra a evolução e concretização da cidadania seguiu uma ordem lógica, no Brasil a conquista de direitos não teve a mesma sequência evolutiva. Será possível perceber que em diversos momentos da história brasileira, a educação como direito social foi esquecida, sendo substituída por outros interesses e prioridades do Estado.

70

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824 foi marcada pela presença do poder moderador e por fortes influências do Absolutismo. O Estado Absolutista é marcado pela concentração de todo o poder nas mãos do soberano e é definido como o “sistema de poder em que o monarca age como senhor absoluto do Estado. Suas ações não são limitadas pelo poder constitucional” (COTRIM, 1997, p. 165).

O poder moderador pertencia exclusivamente ao imperador e tinha como principal objetivo a manutenção da harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nessa fase da história, praticamente inexistia qualquer preocupação com as questões educacionais, já que o Brasil acabara de se tornar independente e a educação do povo era a menor das preocupações estatais. As mudanças significativas relacionadas ao tema ocorrem posteriormente à Constituição ser outorgada por Dom Pedro I, não tendo relação direta com o texto constitucional (VIEIRA, 2007, p.294).

A única menção às questões educacionais na Constituição de 1824, foi descrito em apenas dois incisos do artigo 179, que estabeleceu a instrução primária gratuita e o ensino de ciências, belas letras e artes.

A Constituição do Império de 1824, que foi outorgada por D. Pedro I sem que houvesse qualquer participação da nação, não se preocupou em dedicar um capítulo específico para a educação, referindo-se a ela em apenas dois incisos¹ do art. 179. No que se refere aos interesses da criança e do adolescente, nota-se que o inciso XXXII deste artigo disciplinava a respeito da gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos. No entanto, vale lembrar que os direitos e garantias elencados nesta Carta tinham por objetivo atender às reivindicações liberais de Portugal e, sendo assim, a gratuidade universal à educação primária inseriu-se no texto como uma obrigação efetiva do Estado e não foi fruto de interesses articulados e reclamos sociais organizados (BULHÕES, 2009, p.180).

O texto constitucional de 1824 não trouxe qualquer previsão à educação além dos artigos já mencionados, demonstrando tratar-se de mero formalismo constitucional. As inovações que se seguiram tinham como função primordial atender a interesses minoritários e não de todo o povo brasileiro, como foi o caso da criação dos Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em 11 de agosto de 1827 (FÁVERO, 2005, p.58).

A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a decadência da monarquia, a República é proclamada em 1889 por Marechal Deodoro da Fonseca sem que houvesse grande manifestação popular. Tratava-se em verdade de um golpe de Estado sem a participação do povo e, portanto, ausente de legitimidade (LENZA, 2009, p.55).

Durante o período do Governo Provisório, foi nomeada uma Comissão de cinco juristas para elaborar a nova Constituição. Cada jurista deveria elaborar em separado suas propostas para posteriormente entrarem em discussão e chegarem às conclusões necessárias à nova Constituição. Contudo, a maior parte dos artigos propostos e incorporados à Constituição de 1891, pertenciam a Rui Barbosa, o que demonstra que a Constituição de 1891 foi elaborada sem grandes discussões (CASTRO, 2008, p. 414). Assim, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Primeira Constituição Republicana, marcada por fortes influências norte-americanas e pelas ideias positivistas (CASTRO, 2008, p. 415).

Assim como na Constituição de 1824, a educação não foi a grande preocupação dos constituintes da República. A Constituição de 1891 cuidou de estabelecer a organização da República e seu funcionamento, deixando em segundo plano questões essenciais como a educação.

Durante o período monárquico no Brasil, a educação além de estar prevista no texto constitucional de 1824, era gratuita e de responsabilidade do Estado. Com o advento da primeira Constituição Republicana, a gratuidade do ensino foi suprimida do texto

constitucional, deixando uma lacuna em relação à Constituição de 1824.

A Constituição de 1891 foi marcada pela separação definitiva da Igreja e do Estado. O ensino se laicizou consagrando a liberdade religiosa inclusive dentro das escolas (FÁVERO, 2005, p.76).

A referida Constituição cuidou ainda de estabelecer as competências de cada ente federativo. De forma simplificada, a instrução pública primária seria de competência dos Estados e Municípios; o ensino secundário seria de responsabilidade dos Estados com a possibilidade de participação da União e da iniciativa privada; e o ensino superior seria de responsabilidade da União com a possibilidade de participação dos Estados e da iniciativa privada (FÁVERO, 2005, p.78).

Consoante demonstrado anteriormente na presente pesquisa, é necessário relembrar a classificação de direitos mencionada por Marshall para que seja possível compreender onde a educação encontrava-se na Constituição de 1891.

Na Inglaterra, primeiro houve o reconhecimento dos direitos civis, posteriormente dos direitos políticos e por fim, dos direitos sociais. (KOERNER, 2003, p. 62). Já a Constituição de 1891 evoluiu no que diz respeito aos direitos civis e aos direitos políticos, contudo regrediu no que diz respeito aos direitos sociais, já que suprimiu a gratuidade do ensino excluindo grande parte da população brasileira.

Constata-se, portanto, que a educação, classificada como um direito social, deixou de ser prioridade na República. A retirada da gratuidade do ensino demonstrou a forte influência liberal e a importância com outras questões que naquele momento histórico, eram consideradas de maior relevância (FÁVERO, 2005, p.80-81).

Essa ordem constitucional teria vigência até 1930, quando a chamada República Velha cairia pela Revolução de 1930 e pela ascensão de Getúlio Vargas ao poder inaugurando uma nova fase no que tange aos direitos sociais (BONAVIDES; ANDRADE, s/d, p. 267).

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A década de 30 foi marcada por um período de instabilidade e agitação social. O capitalismo estava em crise e a classe trabalhadora clamava por mudanças e melhores condições de trabalho. Assim, Getúlio Vargas aproveitou o momento conturbado para “transformar o diálogo liberal num diálogo social. Vargas, com a instituição dos novos valores subestimados pelas correntes liberais, inaugurou a era social (BONAVIDES;

ANDRADE, s/d, p. 267)”.
73

Outubro de 1930 marcou o fim de uma República ao mesmo tempo que fechou um capítulo de nossa história federativa e republicana. Foi 30, sem dúvida, ano de grandes emoções patrióticas, esperanças cívicas, de confiança no futuro. O Estado liberal da versão clássica – durante mais de um século a ideia força das nossas instituições – chegava ao fim, depois de haver atravessado dois regimes: um Império e uma República. O país acordava então para as mudanças do século. A ditadura do Governo Provisório, em algumas matérias políticas e sociais, entrava com a mesma força, o mesmo ímpeto, a mesma energia dos republicanos de 89, quando instauraram a Primeira República e cuidaram de varrer, em vinte e quatro horas, por decreto-lei, todas as instituições básicas do Império. Era a aurora do Estado Social (BONAVIDES; ANDRADE, s/d, p. 267).

Com a promulgação de uma nova Constituição em 1934, grandes inovações foram inseridas no texto constitucional de caráter social (LENZA, 2012, p. 111), dando importância às questões trabalhistas e aos direitos das minorias (COTRIM, 1997, p. 271).

Já que no tange à educação especificamente, a Constituição de 1934 se superou: foi destinado um capítulo especial ao direito à educação, demonstrando a preocupação do constituinte originário com a concretização desse direito social (BONAVIDES; ANDRADE, s/d, p. 325).

Diferentemente das Constituições anteriores, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a educação foi tratada em um capítulo separado dos demais. A constituição de 1824 apenas mencionava que a educação era dever do Estado; a constituição de 1891 sequer deu alguma importância à educação; “nesta, na de 34, a educação é tratada pela primeira vez, ao menos no papel, como algo que exige responsabilidade e aplicação da União, dos Estados e Municípios” (CASTRO, 2008, p. 464).

E as inovações não pararam por aí. A família passa a ser um dos cerne da concretização da educação. Enquanto o Estado proporcionava a educação gratuita aos indivíduos, competia à família encaminhar os filhos à escola e mantê-los nela. A responsabilidade pela educação passou a ser conjunta da família e do Estado (BULHÕES, 2009, p. 181).

Foi consagrada a gratuidade do ensino e a obrigatoriedade da frequência no ensino primário, inclusive aos adultos. Esse caráter gratuito foi estendido inclusive ao ensino posterior ao primário, como uma forma de facilitar a educação. A liberdade de ensino também foi assegurada, desde que fosse observada a legislação federal e estadual.

Outro ponto de destaque no texto constitucional de 1934 diz respeito à laicidade do

ensino. A Constituição de 1891 se laicizou consagrando a liberdade religiosa inclusive dentro das escolas (FÁVERO, 2005, p.76).

A competência para as questões educacionais não estava apenas a cargo da União. Competia aos estados e ao Distrito Federal organizar seu sistema educacional nos preceitos estabelecidos pela União; ou seja, a União cuidou de estabelecer a organização da educação brasileira, dando aos Estados as diretrizes para a sua concretização.

As inovações constitucionais envolveram ainda a distribuição de receitas para a educação.

Pela primeira vez são definidas vinculações de receitas para a educação, cabendo à União e aos municípios aplicar "nunca menos de dez por cento e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento do sistema educativo" (art. 156). Nos mesmos termos é estabelecida a reserva de parte dos patrimônios da União, dos Estados e do Distrito Federal para a formação de fundos de educação (art. 157) (VIEIRA, 2007, p. 297).

Tecidas essas considerações, é possível concluir que a Constituição de 1934 fez história em relação às Constituições anteriores. Esta foi a primeira Constituição a dar grande importância a questão educacional e a destinar um capítulo específico para sua regulamentação; “[...] a nossa conclusão não pode ser outra senão a de que a Constituição de 1934 é uma Carta plenamente realizada na história educacional do país [...]” (FÁVERO, 2005, p. 138).

A CONSTITUIÇÃO DE 1937

Durante o governo de Getúlio Vargas, agitações sociais e políticas alteraram significativamente a ordem vigente estabelecida pela Constituição de 1934. Surgem nesse período duas correntes idealistas: de um lado os integralistas que defendiam um Estado autoritário e formavam a direita fascista; e do outro lado, os aliancistas que defendiam ideias socialistas e formavam o movimento de esquerda (LENZA, 2012, p. 114).

Aproveitando-se da agitação popular e das represálias contra o comunismo no país, os jornais da época noticiaram que os comunistas tinham um plano montado para a tomada do poder – Plano Cohen – e que seria necessário conter essa ameaça. Desta feita, o governo de Getúlio Vargas, utilizando-se dessa afirmação de possível tomada de poder comunista, fechou o Congresso Nacional em 10 de novembro de 1937 e deu um golpe ditatorial que inauguraria uma nova ordem estatal (LENZA, 2012, p.114).

Com o golpe ditatorial de Getúlio Vargas, instaura-se o período denominado de

Estado Novo. Foi outorgada uma nova Constituição Federal, com ideais fascistas e autoritários, instalando-se no país uma ditadura (LENZA, 2012, p.114). A nova Constituição era de autoria de Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas (BONAVIDES; ANDRADE, s/d, p. 339).

A Carta de 1937 cuidou de centralizar o poder nas mãos do ditador, manter controle sobre o Poder Judiciário e reduzir os direitos fundamentais (LENZA, 2012, p.114). Apesar de o texto constitucional mencionar que o regime ditatorial foi instaurado para atender a vontade do povo, a centralização do poder exclusivamente nas mãos do Presidente da República demonstrava que a decisão a vida dos indivíduos dependia exclusivamente da vontade do Presidente, não abrindo espaço para a participação popular (CASTRO, 2008, p. 477).

Enquanto a Constituição anterior foi marcada pelo grande passo em relação ao direito à educação, a Constituição de 1937 não seguiu a mesma sorte. Diferentemente da Constituição de 1934 que determinava que a família e o Estado deveriam atuar de forma conjunta, esta Constituição determinava que a responsabilidade pela educação era responsabilidade exclusiva da família, cabendo ao Estado agir como mero colaborador (CASTRO, 2008, p. 488).

A Constituição diminui a parcela de responsabilidade do Estado e destinou-a a família (art. 129) (VIEIRA, 2007; p. 298). Diferentemente da Constituição anterior que estendia a gratuidade do ensino aos indivíduos, a presente Constituição não coloca a gratuidade do ensino como uma questão ampla. Assim que realizada a matrícula no ensino primário, seria exigida uma contribuição em dinheiro que seria direcionada à caixa escolar. O ensino só seria plenamente gratuito para àqueles que comprovassem que não dispunham de recursos para uma contribuição mensal.

Segundo Bulhões (2009, p.182), a Constituição de 1937 foi marcada por um grande retrocesso no aspecto educacional. O Estado eximiu-se da responsabilidade com a educação e atuaria apenas de forma subsidiária.

À idéia de gratuidade da Constituição de 1934 o texto de 1937 contrapõe uma concepção estreita e empobrecida. Embora estabeleça que "o ensino primário é obrigatório e gratuito" (art. 130), acrescenta no mesmo artigo. O caráter parcial dessa gratuidade que "não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar". A educação gratuita é, pois, a educação dos pobres (VIEIRA, 2007, p. 298).

Todavia, a Carta de 1937 foi a primeira Constituição a tratar acerca do ensino técnico, profissional e industrial em seu artigo 129. O referido artigo menciona que o ensino pré-vocacional profissional é o primeiro dever do Estado e que este deveria inclusive subsidiar os Estados, Municípios, indivíduos ou associações particulares e profissionais para a concretização do ensino .

Como o Brasil vivia um período ditatorial baseado nas ideias fascistas, a Constituição de 1937 essencialmente sofreu tais influências. O texto constitucional cuidou de estabelecer como matérias obrigatórias para escolas primárias, a educação física, o ensino cívico e o trabalho manual. Tais matérias estavam presentes em todos os países baseados nos ideais fascistas e, no Brasil, não foi diferente (CASTRO, 2008, p. 489).

Com relação ao ensino religioso, o texto constitucional manteve o conservadorismo predominante no país (VIEIRA, 2007, p. 298). Assim como na Constituição anterior, o ensino religioso poderia ser ministrado nas escolas, contudo sem a exigência da frequência compulsória dos alunos às aulas ministradas e nem a obrigatoriedade dos mestres e professores em lecioná-la.

A permanência do ensino religioso nas escolas não foi apenas de caráter ideológico de cada indivíduo, mas possuía características que interessavam ao Estado. O ensino religioso teria a função de resgatar valores ligados à religião, à família e ao Estado. Tais valores eram valorizados pelos regimes totalitários existentes na época, e como o Brasil vivia sob a égide de um regime ditatorial, era essencial a preservação de tais valores (FÁVERO, 2005, p. 151).

76

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Enquanto o Brasil vivia esse período de ditadura e instabilidade, o mundo sofria com a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945). De início, Getúlio Vargas optou pela neutralidade do Brasil, já que não esperava sofrer possíveis retaliações.

De 1939 a 1945, o mundo foi abalado pela Segunda Guerra Mundial. Dois grandes grupos de nações se enfrentavam: de um lado, as potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão); do outro, as potências Aliadas (lideradas pela Inglaterra, Estados Unidos e União Soviética) (COTRIM, 1997, p. 280).

Contudo, com a pressão dos Estados Unidos e o surgimento de propostas vantajosas para o país, Getúlio Vargas optou por apoiar os Aliados. Em troca desse apoio, Getúlio Vargas conseguiu financiamento junto aos Estados Unidos, para a construção da Usina de Volta Redonda. O Brasil tornou-se ainda um dos principais fornecedores de borracha e

minério de ferro para os Aliados em 1941(COTRIM, 1997, p. 280).

Tratava-se em verdade de acordos econômicos que beneficiaram o Brasil de forma significativa.

Vale a pena lembrar que o Brasil sofria à época, uma ditadura com características dos regimes fascista e nazista e acabara de declarar apoio aos Aliados, àqueles que justamente combatiam o nazismo de Hitler e o fascismo de Mussolini. O país vivia uma contradição sem limites, já que dentro do Brasil a ditadura predominava e nas relações exteriores, o Brasil declarava-se justamente contrário às ideologias que pregava (COTRIM, 1997, p. 280).

O vencimento dos Aliados na Segunda Guerra Mundial e a contradição de ideologias no país, levou ao enfraquecimento do modelo constitucional adotado. Assim, Getúlio Vargas assinou o Ato Adicional nº 9, em 28 de fevereiro de 1945, convocando novas eleições presidenciais e declarando o fim do Estado Novo (LENZA, 2012, p.118).

Em 02 de fevereiro de 1946 foi instalada uma Assembleia Constituinte para a elaboração de uma nova Constituição. Em 18 de setembro de 1946 é promulgada a quarta constituição da República, trazendo características liberais democráticas (COTRIM, 1997, p.288).

A nova Constituição consagrou o regime democrático e restaurou o equilíbrio entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, conferindo autonomia a cada um deles e mesmo grau de hierarquia (COTRIM, 1997, p.288).

A Constituição de 1946 cuidou de assegurar os direitos e garantias individuais em um capítulo específico. A Constituição anterior também previa em seu texto a existência desses direitos, contudo, como se vivia em uma ditadura, os mesmos não tinham eficácia (CASTRO, 2008, p.520).

No que diz respeito às questões educacionais, a Constituição de 1946 devolveu ao Estado à responsabilidade pela sua concretização (BULHÕES, 2009, p. 182). O Estado volta a ser o titular das questões educacionais em conjunto com a família, não deixando a responsabilidade exclusiva para o seio familiar (BULHÕES, 2009, p. 182).

Ainda, é possível identificar no caput do artigo 166, que a educação passou a ser consagrada como direito de todos, alargando a responsabilidade do Estado e da família para a sua concretização.

A Constituição de 1946 determinou que o ensino primário seria obrigatório e gratuito. No entanto, tornou subsidiária a responsabilidade da gratuidade após o ensino primário. Em melhores linhas: o ensino primário seria gratuito; já o ensino após o primário somente seria gratuito caso fosse comprovada a insuficiência de recursos para cursá-lo (BULHÕES, 2009,

p. 182). O texto ainda atribuiu a responsabilidade pelas questões educacionais às empresas, conforme disposto no artigo 168, incisos III e IV. Por esse artigo, caberia às empresas que possuíssem mais de cem empregados, manter ensino gratuito para os servidores e para os filhos destes.

No que diz respeito à distribuição de competência, o texto constitucional dispunha que a competência para organizar o sistema de ensino seria da União, podendo os Estados e o Distrito Federal organizar seus sistemas de ensino. Para que os Estados pudessem organizar seus sistemas de ensino, a União forneceria subsídio pecuniário proveniente do Fundo Nacional.

A Constituição de 1946 resgatou os preceitos da Constituição de 1934 em relação à concretização de direitos e garantias individuais (BULHÕES, 2009, p. 182). Depois de um período de ditadura e estagnação social, “o Brasil entra na era da democracia” (COTRIM, 1997, p.288).

A CONSTITUIÇÃO DE 1967

Após um período de democracia e conquista de direitos, o Brasil mergulhava novamente uma fase ditatorial. Vale ressaltar que a Constituição de 1946 previu uma série de direitos e marcou o progresso em relação à democracia. Contudo essa democracia não foi absoluta, já que

De um lado operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros e periferias das cidades; de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma, um barril social de pólvora (CASTRO, 2008, p. 525).

Toda essa conjuntura social, aliada aos interesses militares, culminou no Golpe de 1964 (CASTRO, 2008, p. 526). Como medidas de governo e de controle do Golpe de 1964, os militares decretaram o Ato Adicional nº 1 em 09 de abril de 1964, dando poderes ao Poder Executivo para alterar a Constituição e decretar o estado de sítio sem o consentimento do Congresso Nacional (COTRIM, 1997, p. 308).

Após o Ato Adicional nº 1, uma série de novos atos foram decretados para garantir a validade e supremacia da ditadura militar. Contudo, a Constituição vigente no país ainda era a de 1946, demonstrando a contradição: vivia-se sob a égide de uma Constituição

democrática, mas os titulares do poder haviam imposto um regime ditatorial (CASTRO, 2008, p. 526).

Ante essa contradição, percebeu-se a necessidade de elaboração de uma nova Constituição que atendesse aos interesses da ditadura. Nasceu então a Constituição de 1967:

A Constituição de 1967 era nada mais que a de 1946, extraídos os pontos democráticos demais e incluídos os Atos Institucionais. Neste sentido o Executivo ganhou muito poder, inclusive para apurar crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, etc (CASTRO, 2008, p. 544).

No que diz respeito à proteção das minorias e à declaração de direitos, a Constituição de 1967 retrocedeu na história em relação à Constituição anterior. O retrocesso não foi marcado pelo que estava escrito na Constituição, mas pelo que acontecia na realidade. O texto constitucional manteve um capítulo destinado à proteção dos Direitos Individuais e legitimou um Estado de direito de fato. Contudo, como é possível lembrar, a Constituição de 1967 nasceu dentro de um regime autoritário e ditatorial e não conferiu garantias plenas aos cidadãos, ou seja, tinha-se a previsão de proteção dos direitos individuais, dentro de um regime extremamente autoritário (CASTRO, 2008, p. 547).

No que diz respeito às questões educacionais, a Constituição de 1967 manteve em seu texto a educação como direitos de todos e de responsabilidade da família e da escola, assim como já debatido na Constituição de 1946.

A inovação no texto constitucional diz respeito às bolsas de estudo. Pela primeira vez na história educacional surge a previsão legal de bolsas de estudo. O artigo 168, em seu parágrafo 2º e 3º, inciso III, faz essa previsão:

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior;

As bolsas de estudo previstas no parágrafo 3º, inciso III dizem respeito ao ensino superior. Como é possível observar, a Constituição de 1967 estabeleceu a gratuidade do ensino inclusive para o ensino superior através das bolsas de estudo. Quando o aluno não pudesse arcar com o pagamento do ensino superior, o poder público poderia conceder a bolsa de estudos exigindo o posterior reembolso das despesas.

A preocupação com o ensino superior vinha ganhando espaço no país desde a década de 50 e como reflexo dessa preocupação surge a possibilidade das bolsas de estudo para o ensino superior como previsão constitucional. O Brasil vivia a Reforma Universitária (FÁVERO, 2005, p. 252).

A obrigatoriedade e gratuidade do ensino foi mantida, sendo dos sete aos catorze anos de idade. Assim como na Constituição de 1946, somente seria gratuito o ensino posterior ao primário, quando o aluno comprovasse a impossibilidade ou insuficiência de recursos, conforme inciso II do artigo 168 transcrito acima.

No que diz respeito à organização do ensino, a Constituição de 1967 previa que os Estados e o Distrito Federal teriam autonomia para organizar seu sistema de ensino, sempre em observância às disposições da União. Existia ainda, a previsão de serviços de assistência educacional que assegurassem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Vale ressaltar que a educação sofreu novas alterações após a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, entendida por alguns doutrinadores, como Silva (1993, p. 80), como uma nova Constituição.

A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

Durante a vigência da Constituição de 1967 e após a decretação do Ato Institucional nº 5, uma série de atos foram praticados pelo governo militar para sustentar o regime autoritário vigente.

A interferência nas questões educacionais passou a ser alvo do autoritarismo, já que, na concepção do regime militar, os estudantes possuíam o espírito da mudança, podendo interferir nas ideias pregadas pela ditadura militar (CASTRO, 2008, p. 558).

Tal interferência foi tão grande, que o Governo determinou inclusive quais matérias seriam ministradas nos colégios, excluindo da grade curricular a disciplina de História e Filosofia. Em seu lugar, colocou como disciplina obrigatória a ser ministrada a Educação Moral e Cívica (CASTRO, 2008, p. 558).

As intervenções não pararam por aí. Em 26 de fevereiro de 1969 foi baixado um

Decreto, cujo objetivo era prever as penas e delitos praticados por alunos e professores em todas as esferas de ensino público e privado (CASTRO, 2008, p. 559).

Ante essas atrocidades a Constituição de 1967 que possuía resquícios democráticos, não poderia permanecer, já que o grande número de atos institucionais e de decretos baixados pelo regime militar retirara toda a eficácia e razão de existir da Constituição de 1967 (CASTRO, 2008, p. 559).

Diante desse cenário, em 17 de outubro de 1969, foi editada a Emenda Constitucional nº 1, que alterou significativamente todo o texto constitucional (LENZA, 2012; p. 121). A referida emenda editou o novo texto da Constituição de 1967 e por esse motivo, foi chamada de Constituição de 1969 por José Afonso da Silva (SILVA, 1993, p.80).

No quesito educacional, a Emenda Constitucional nº 1 trouxe algumas alterações relevantes, mas em suma, manteve o texto original em sua integralidade. Quanto à competência para legislar em matéria educacional, a Emenda Constitucional nº 1 manteve a União como a responsável por legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e acrescentou atribuições aos Planos Nacionais de Educação (VIEIRA, 2007, p. 302).

Na Constituição de 1946 a educação aparecia como direito de todos, sem contudo mencionar qualquer parcela de responsabilidade do Estado de forma explícita, conforme é possível lembrar do artigo 166 da referida Carta Constitucional:

Art. 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Esse mesmo texto foi mantido pela Constituição de 1967 em seu artigo 168:

Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

A Emenda Constitucional nº 1 inovou nesse aspecto e aumentou a parcela de responsabilidade do Estado para a concretização do acesso à educação. O novo texto constitucional manteve que a educação direito de todos e atribuiu a educação como um dever do Estado, conforme artigo 176 (VIEIRA, 2007, p. 302):

Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

Apesar de o país viver em um período conturbado e de grande instabilidade, ainda assim, a educação foi entendida pelo regime militar como dever do Estado e, portanto, o mesmo teria o dever legal de proporcionar o acesso de todos aos sistemas de ensino.

Outro ponto de destaque diz respeito à intervenção nos Municípios. A Emenda Constitucional nº 1 conferiu a possibilidade de intervenção nos municípios sempre que o mesmo não aplicasse o percentual de vinte por cento da receita tributária municipal no ensino primário (VIEIRA, 2007, p. 302).

Apesar dos avanços visíveis no texto constitucional, a educação sofreu um retrocesso no que diz respeito à destinação de recursos. Na Carta de 1946, existia a obrigação de a União repassar nunca menos de dez por cento da renda resultante dos impostos para a educação; e dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nunca menos que vinte por cento, conforme artigo 169 da referida Constituição (VIEIRA, 2007, p. 302):

Art. 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

82

Já na Constituição de 1967 e posteriormente na Emenda Constitucional nº1, não houve qualquer menção a essa destinação obrigatória de recursos para as questões educacionais, demonstrando o retrocesso nesse aspecto (VIEIRA, 2007, p. 303) .

Tal ordem constitucional e situação político-econômica teria vigência até o ano de 1988, quando o processo de redemocratização do país ganharia força e inauguraria uma nova fase no Direito Constitucional Brasileiro (LENZA, 2012, p. 125) com a “transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no País” (PIOVESAN apud TAVARES, FERREIRA, LENZA, 2003, p. 34).

A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O último período da ditadura militar, iniciado em 1974, foi marcado pela liberalização do sistema contra os órgãos de repressão. Aos poucos o grande número de leis repressivas vai sendo revogadas e a oposição ao regime militar passa a ganhar maior repercussão (CARVALHO, 2008, p. 158).

Apesar do movimento político-popular e das manifestações realizadas, contrariando a vontade popular, iniciou-se a disputa indireta para a presidência. Foi eleito de forma indireta, Tancredo Neves que em razão de uma enfermidade, veio a falecer doze horas antes da posse.

Assume então a presidência, José Sarney, encerrando em definitivo a era dos governos militares no Brasil (COTRIM, 1997, p. 327-328).

Era necessário instaurar uma nova ordem constitucional em direção à democracia. Para tanto, fazia-se necessária a elaboração de uma nova Constituição que atendesse as novas aspirações do povo brasileiro. Em 01 de fevereiro de 1987 instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte com o objetivo de elaboração de um novo texto constitucional, compondo-se de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (COTRIM, 1997, p. 330).

Após vinte meses de trabalho, em 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição de 1988 (COTRIM, 1997, p. 330). “A constituinte de 1988 redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã” (CARVALHO, 2008, p. 199).

Prova de que a Constituição de 1988 estava disposta a alterar toda a ordem social, é o disposto nos seus artigos 1º a 3º. Tais artigos consagraram como regime político, o Estado Democrático de Direito, definindo seus fundamentos e objetivos. Estabeleceu-se como fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político.

A garantia dos direitos sociais foi um dos principais aspectos da Constituição de 1988. Vale lembrar que esses direitos sociais não surgiram no texto constitucional ao acaso, mas foram construídos ao longo da história não só do Brasil, mas do mundo.

A Constituição ainda cuidou de destinar um capítulo específico aos direitos sociais, estendendo-se do artigo 6º ao artigo 11. Nesse capítulo, o texto constitucional considerou como direitos sociais que devem ser assegurados: a educação; a saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; e a assistência aos desamparados.

Pela primeira vez na história, a educação como direito fundamental aparece de forma detalhada na Constituição. Tem-se a educação tratada de forma clara em diversos artigos e é mais extensa Constituição a tratar do assunto (VIEIRA, 2007, p.304).

Em sintonia com o momento de abertura política, o espírito do texto é o de uma "Constituição Cidadã" que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, expressa no princípio da "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I). Outras conquistas asseguradas são: a educação como direito público subjetivo (art. 208, § 1º), o princípio da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI), o dever do Estado em prover creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (art. 208, IV), a oferta de ensino noturno regular (art. 208, VI), o ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive

aos que a ele não tiveram acesso em idade própria (art. 208, I), o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências (art. 208, III) (VIEIRA, 2007, p. 304).

Justamente como forma de adequar-se ao momento de mudanças e de quebra de paradigmas, a educação na nova Constituição buscou estabelecer igualdade de condições e de acesso à educação para todos os brasileiros (VIEIRA, 2007, p. 304). O artigo 22 inciso XXIV da Constituição manteve a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, acrescentando que essa competência seria privativa.

A inovação também está no diz respeito à educação infantil e ensino fundamental. A nova Constituição determinou que seria de competência dos Municípios manter programas de educação infantil e ensino fundamental em cooperação técnica e financeira com a União e os Estados. Tal previsão nunca esteve em nenhuma outra Constituição, aparecendo como um avanço nas questões educacionais (VIEIRA, 2007, p. 304).

A partir do artigo 205 da Constituição de 1988, a educação é tratada como absoluta prioridade e como um dos mecanismos para a concretização da cidadania (VIEIRA, 2007, p. 304).

O Capítulo III, Seção I da Constituição de 1988 cuidou de estabelecer minuciosamente como a educação será ministrada e exercida no país, bem como definiu uma série de princípios que se consagraram no ordenamento jurídico. Pode-se identificar o Princípio da Igualdade de Condições para o Acesso e Permanência da Escola; o Princípio da Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções e coexistência de instituições públicas e privadas; gratuidade de ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino; gestão democrática do ensino público; e garantia de padrão de qualidade (SAVIANI, 2013, p. 213).

A educação foi consagrada na Constituição de 1988 como “direito de todos, dever do Estado e da Família”, demonstrando que a relevância com as questões educacionais foi ganhando destaque ao longo da evolução das Constituições Brasileiras (VIEIRA, 2007, p. 304).

Anteriormente à Constituição de 1988, o ensino gratuito era destinado exclusivamente ao ensino fundamental. A Constituição de 1967 alargou esse conceito no ensino superior, condicionando ao sistema de bolsas de estudo (FÁVERO, 2005, p. 252). Já a Constituição de 1988 inovou e estendeu a gratuidade do ensino a todo ensino público (SAVIANI, 2013, p. 213 – 214).

Segundo Garcia (2008, p.709), a Constituição de 1988 buscou concretizar o acesso universal à educação.

O acesso à educação é direito público, inalienável (art. 208 § 1º) enquanto poder atribuído à Constituição a todas as pessoas, que, querendo receber educação proporcionada pelo Estado, exijam deste as medidas próprias para sua satisfação (Ceneviva *apud* Garcia, 2008; p. 709).

Essa busca pela concretização da educação faz referência à cidadania mencionada no artigo 1º da Constituição de 1988 (GARCIA, 2008, p. 710). Trata-se em verdade de uma “tomada de consciência da cidadania e suas implicações envolve aspectos que redundam no exame da atuação do Estado – primeiro agente educacional – nos termos do ar. 205, *caput*” (GARCIA, 2008, p. 711).

Em breves linhas, é possível notar que a educação foi tratada pela Constituição de 1988 como um direito de todos e que deve ser assegurado e garantido; razão pela qual ganhou importância no texto constitucional.

Pode-se chegar à conclusão até o presente momento, de que a Constituição de 1988 previu uma série de direitos, sem, no entanto, prever mecanismos eficientes para sua concretização. Sem dúvida a Constituição de 1988 marcou um avanço significativo nas questões educacionais, mas o Brasil tem muito a melhorar para que os direitos constitucionais sejam efetivamente assegurados, vez que existe um grande passo entre a previsão constitucional e o efetivo exercício desses direitos (BULHÕES, 2009, p. 186).

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, até o presente momento, que a educação nas Constituições Brasileiras nem sempre teve grande relevância nos textos constitucionais. Em certos momentos da história, a educação foi deixada no texto constitucional como mera formalidade, vez que a população não tinha acesso e muito menos o Estado esforçava-se para a sua concretização.

Vale a pena ressaltar que somente foi possível analisar a educação como direito social, após a análise acerca da evolução da cidadania desenvolvida por Marshall. A evolução dos direitos civis, políticos e sociais no Brasil, seguiu ordem inversa à evolução dos mesmos direitos na Inglaterra (KOERNER, 2005, p.52). Os direitos sociais foram garantidos pela Constituição de 1934 muito antes dos direitos políticos. A legislação trabalhista em benefício do trabalhador foi o grande marco do respectivo período e consagrou a ordem inversa da

evolução de direitos proposta por Marshall (CARVALHO, 2008, p.125-126).

Somente com a Constituição de 1946 é que os direitos sociais e políticos puderam estar presentes em um mesmo texto constitucional (CARVALHO, 2008, p. 170). Essa mesma Constituição devolveu ao Estado à responsabilidade pela concretização da educação, retirando da família sua exclusiva responsabilidade (BULHÕES, 2009, p. 182).

É importante ressaltar que a educação no Brasil nem sempre se desenvolveu de forma linear. A Constituição de 1937, por exemplo, foi marcada por um grande retrocesso em relação à Constituição de 1934, vez que o Estado eximiu-se da responsabilidade das questões educacionais determinando que só atuaria de forma subsidiária (BULHÕES, 2009, p. 182), enquanto a Constituição de 1934 previa a atuação conjunta da família e do Estado.

As questões educacionais foram evoluindo no Brasil de forma lenta e gradual. Primeiramente a educação era responsabilidade exclusiva da família, posteriormente passou a ser de responsabilidade desta e do Estado; e por fim, na Constituição de 1988, a educação passou a ser tratada como absoluta prioridade, devendo o Estado buscar meios para a sua concretização.

De forma breve e sem esgotar a questão, vez que as questões educacionais no Brasil ainda estão em desenvolvimento, pode-se concluir que o objetivo do presente trabalho foi alcançado. A presente pesquisa concluiu a missão de tecer uma análise acerca da construção do direito à educação e indicar quais os principais avanços ao longo da história.

Pode-se chegar à conclusão de que apesar da grande evolução da educação ao longo da História do Direito Brasileiro, ainda existe muito a conquistar no que diz respeito à efetivação e qualidade da educação. Como no presente trabalho foi feito um levantamento histórico apenas das Constituições brasileiras, conclui-se que a educação hoje é tratada com prioridade e entendida efetivamente como um direito que deve ser garantido e assegurado.

A questão da efetividade e garantia do direito à educação, será objeto de continuação da presente pesquisa em outro momento, vez que a educação é tema que jamais se esgota e constitui um Direito Social que é “direito de todos e dever da família e do Estado”, consoante caput do artigo 205 da Constituição de 1988, bem como existe uma infinidade de leis esparsas que buscam regular a questão da efetividade e garantia.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Teoria Geral do Estado**. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto, Portugal. s/d.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1937) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1946) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1969) **Emenda Constitucional nº1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm > Acesso em 02 jun 2015.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm > Acesso em 02 jun 2015.

BULHOES, R. R. R. A Educação nas Constituições Brasileiras. In: **Lex Humana**, Petrópolis, nº 1, 2009.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTRO, F. L. **História do Direito Geral e Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

COTRIM, A. **História e Consciência do Brasil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1997

FÁVERO, O. **A educação nas Constituintes Brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP:

Autores Associados, 2005.

GARCIA, M. **Da educação, da Cultura e do Desporto.** In MARTINS, I. G (org); REZEK, F (org). Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KOERNER, A. **A Cidadania e o artigo 5º da Constituição de 1977.** In SCHILLING, F. (org). Direitos Humanos e Educação. Outras palavras, outras práticas. São Paulo: Cortez, 2005.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, s.d. p. 57- 114.

PIOVESAN, F. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In TAVARES, A. R (org); FERREIRA, O. A. V (org); LENZA, P (org). **Constituição Federal 15 anos –** mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003.

SAVIANI, D. A educação na Constituição Federal de 1988: avanços no texto e sua neutralização no contexto dos 25 anos de vigência. In: **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação.** Recife, v.29; n.2; p.207-221, maio/ago.2013.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9 ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

VIEIRA, S. L. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. In: **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos.** Brasília, v.88, n.219, p.291-309, maio/ago.2007.
Disponível em: <<http://www.emaberto.inep.gov.br/index.php/RBEP/article/viewFile/498/508>> Acesso em 02 de junho de 2015.

A FILOSOFIA SEM HISTÓRIA E A DESCONSTRUÇÃO DA REFLEXÃO NO ENSINO JURÍDICO

Caio Henrique Lopes RAMIRO⁶

RESUMO

O presente trabalho pretende desenvolver uma proposta de leitura acerca da dicotomia Filosofia X História da Filosofia, considerando suas implicações na prática cotidiana do ensino jurídico e, mais especificamente, na docência da disciplina de Filosofia do Direito em particular. Para tanto, busca-se inicialmente contextualizar o problema tomando como referencial o artigo *A docência em Filosofia do direito – educando para o pensar*, de autoria da professora Cláudia Servilha Monteiro, para, então, por em questão justamente os termos sobre os quais a dicotomia se encontra posta. Por fim, é sugerida a otimização da prática pedagógica em filosofia do direito segundo os termos de uma aproximação entre Direito e Literatura, relação que encontra plena fundamentação doutrinária, notadamente à luz do referencial de Ronald Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Filosofia; 2. Direito; 3.Literatura.

ABSTRACT

The presente paper focus on the development of a possible approach concerning the dicotomy Philosophy X History of Philosophy, as a way to consider its implication over the pedagogical practice of the teaching of Law and especificaly in the subject of Philosophy of Law. In order to do so, we will sketch the context of the problem through an article called *The teaching of Philosophy of Law – educating for thought*, written by Cláudia Servilha Monteiro, which will enable us to question the basis of the dicotomy itself. In the end, we suggest the improvement of the pedagogical practice of Philosophy of Law over the new basis of a relation between Law and Literature, the connection of which finds solid ground in nowadays scholarship, particularly after Ronald Dworkin.

KEYWORDS: 1.Philosophy; 2.Law; Literature

INTRODUÇÃO

Tomando como ponto de partida um artigo da professora Cláudia Servilha Monteiro intitulado *A docência em Filosofia do direito – educando para o pensar* (2004), o presente trabalho pretende articular algumas reflexões acerca da dicotomia “*Historia da Filosofia versus Filosofia*”, que frequentemente se faz presente nas discussões a respeito da docência nesta disciplina, bem como repercute diretamente no contexto da educação jurídica e do ensino da Filosofia do Direito em particular.

⁶ Docente da FACULDADE CIDADE VERDE – FCV.

Para tanto, parte-se de uma revisão bibliográfica consistente na análise dialética de alguns textos alinhados à temática do *paper* em referência, sendo que de início buscaremos destacar em que termos se apresenta a polarização que contrapõe o ato de filosofar à sua história, com o intuito primordial de possibilitar o posterior questionamento relativo à validade da sobredita distinção. Tudo como forma de inquirir se o debate sobre o ensino da filosofia em geral e da filosofia jurídica em especial não se tem embasado sobre um pressuposto de frágil consistência teórica.

Por fim, visando demonstrar a possibilidade de operacionalização da prática docente segundo um paradigma de compreensão do ensino filosófico completamente distinto daquele que prevalece nos dias atuais, sugerimos como proposta de trabalho aos docentes desta disciplina uma abordagem proximal dos campos do Direito e da Literatura, a exemplo daquela propugnada pelo jusfilósofo Ronald Dworkin como forma de rechaçar quaisquer interpretações relativistas do fenômeno jurídico, que segundo o eminente teórico jamais poderá prescindir da integridade e da coerência de uma tradição que somente a história da própria reflexão jurídica é capaz de assegurar.

A FILOSOFIA SEM HISTÓRIA: O SEDUTOR ARGUMENTO DO “ENSINAR A PENSAR”

Nos termos de uma já consagrada posição doutrinária, a professora Cláudia Servilha Monteiro (2004, p.202) relembra com precisão que existe um “desafio kantiano” no ensino da Filosofia do Direito, uma vez considerada a máxima do filósofo germânico segundo a qual não se ensina a filosofia e sim a filosofar. Eis o pressuposto fundante do competentíssimo e substancial artigo que autora dedica ao tema sob o título *A docência em Filosofia do Direito – educando para o pensar* (2004), trabalho este perfeitamente alinhado ao entendimento do imortal de Königsberg, para quem a eventual aprendizagem da filosofia à partir de um viés histórico não implicava necessariamente a mesma assimilação destes conhecimentos em um plano racional de compreensão (o verdadeiro “filosofar”), o qual restaria talhado para o esforço individual de dedução das categorias transcendentais que conformam o entendimento (RODRIGO, 2004, p.92)

Em termos práticos, o sobredito binômio “filosofia X filosofar” sintetiza um embate contemporâneo, travado no âmbito das discussões acerca da docência em filosofia, sobre a estruturação do plano de ensino do docente desta disciplina. Deveria o professor *in casu* se limitar apenas a discorrer sobre a história da filosofia, abarrotando a mente dos estudantes com um amontoado de datas e grandes nomes do pensamento mundial, ou, de maneira mais

“conscienciosa”, buscar cultivar o grande lugar-comum do “pensamento crítico-reflexivo”?

Paulo Ghiraldelli Junior, em artigo intitulado precisamente *Formação em Filosofia – notas críticas* (2008), sintetiza com muita propriedade a questão:

Segundo tal contraposição, uns acham que estamos nos afastando da história da filosofia, e que isso é ruim. Outros acham que *ainda* estamos só fazendo história da filosofia, e isto seria uma triste tendência uspiana; deveríamos trabalhar com “temas e problemas” ou com a “tarefa do pensamento”. (GHIRALDELLI, 2008)

A problemática em questão invariavelmente repercute no âmbito do ensino jurídico em particular, notadamente quando tratamos da docência em Filosofia do Direito. Afinal, enquanto ciência e não mero aglomerado de posições tribunalícias, o fato é que a Ciência do Direito, talvez mais do que qualquer outra área do conhecimento, ostenta de maneira evidente o contraste entre o saber tradicional e o saber crítico de disciplinas filosóficas, tendo o segundo se estabelecido como espaço de resistência e reconstrução das compreensões paradigmáticas veiculadas pelo senso dogmático do primeiro. (MONTEIRO, 2004, p.196).

Mas se a relevância da Filosofia do Direito na constante (re)construção do saber jurídico é inegável, de outro ângulo não se pode olvidar que os professores que lecionam a disciplina nos cursos de graduação, por sua vez, são constantemente mal vistos em razão de uma suposta incapacidade de conduzir o aluno: “[...] ao desenvolvimento de uma mente aberta, capaz de construir raciocínios reflexivos [...]” (MONTEIRO, 2004, p.197).

E nos termos do diagnóstico da professora Monteiro tal incapacidade se deve, sobretudo, à postura dos próprios professores que quando confrontados com o dilema de nossa dicotomia inicial, qual seja, ensinar *filosofia do direito* ou *história da filosofia do direito*, optam comodamente pela segunda opção. Eis a posição kantianamente fundamentada da autora:

Na graduação, a disciplina é proposta como roteiro de estudos sobre as questões e os campos de racionalidade das metodologias jurídicas, mas, regra geral, não se filosofa sobre o Direito. Não se faz Filosofia do Direito, estuda-se Filosofia do Direito e, com mais frequência ainda, História da Filosofia do Direito (MONTEIRO, 2004, p.203).

Ademais vale destacar que o “fazer história da filosofia” a que alude o excerto em questão não é de modo algum considerado pela autora com bons olhos. Isso em vista do argumento de que tal postura docente resultaria de um tratamento instrucionista da disciplina, decorrente da crise das Humanidades no palco do conhecimento no século XX (MONTEIRO,

2004, p.203). Nessa linha:

Cabe aqui lembrar que o modo de conhecer produzido pela Filosofia do Direito foi capaz de passar por um processo interno de profunda transformação ao longo do século XX, mas não foi capaz de levar esse processo emancipatório de forma consistente para dentro da sala de aula da graduação sob a forma de uma pedagogia da autonomia. Os próprios professores universitários de Filosofia do Direito acabam caindo na tentação de fazer da sala de aula um espelho narcísico da sua própria erudição. (MONTEIRO, 2004, p.199)

Por conseguinte, quando confrontado com o contexto em referência, é certo que aquele que poderíamos descrever com Luis Alberto Warat (1982) como o senso comum teórico buscou responder a este dilema do ensino filosófico-jurídico simplesmente postulando um “salto” à outra ponta do abismo, ou seja, ao invés de nortear sua atividade docente pelo ensino da História da Filosofia, deveriam os professores se dedicar a uma suposta tarefa do pensamento consistente na apelativa enunciação do “ensinar a pensar”.

Outra não é a posição de professora Monteiro (2004, p.208), que vai buscar a solução do problema em que se enreda a docência em Filosofia do Direito precisamente no conceito de *comunidade de investigação* que Matthew Lipman aplica à sala de aula de filosofia.

Segundo o autor norte-americano, em contraposição ao paradigma educacional padrão, onde os que sabem transmitem os conhecimentos aos que não sabem, os alunos de filosofia em especial necessitam do que ele chama de um modelo “reflexivo”, fruto da:

[...] participação em uma comunidade de investigação orientada pelo professor, entre cujas metas encontra-se o desenvolvimento da compreensão e do julgamento adequado. Os alunos são estimulados a pensar sobre o mundo quando nosso conhecimento a seu respeito revela-se ambíguo, equívoco e inexplicável. [...] Presume-se que as disciplinas onde ocorrem questionamentos não sejam nem coincidentes nem completas; conseqüentemente, sua relação com os temas é bastante problemática. A postura do professor é de falibilidade (aquela que está pronta para admitir erros) no lugar daquele que se faz valer da autoridade. Há a expectativa em torno dos alunos de que estes pensem e reflitam, e que desenvolvam cada vez mais o uso da razão, assim como a capacidade de serem criteriosos. O enfoque do processo educativo não é a aquisição de informação, mas sim a percepção de relações contidas nos temas investigados. (LIPMAN. 1995. p.29)

É precisamente segundo este paradigma que a professora Monteiro (2004, p.209) sustenta que os docentes em Filosofia do Direito se deveriam orientar, pois: “É somente neste

ambiente educacional de liberdade de pensamento, de veiculação do desejo e da prática democrática que o pensamento reflexivo pode ser cultivado nos alunos.” (MONTEIRO, 2004, p.209, grifo nosso).

E aqui a referência a Lipman por si só demonstra o quanto algumas propostas teóricas perpassam todo o ciclo educacional, do ensino básico à universidade, sem a devida perquirição do fundamento de seus postulados. Isso porque em plena simetria à proposta do filósofo norte-americano para o ensino básico, o campo do ensino filosófico-jurídico hoje vem marcado em suas linhas gerais por um recorrente repúdio ao “mero ensino de História da Filosofia do Direito” que, no mais das vezes, soma-se a uma defesa ferrenha do “ensinar a pensar o Direito”, significando que - nos termos da dicotomia que nos serve de base - passa-se radicalmente da filosofia ao filosofar, sem que se questione em nenhum momento a própria validade desta distinção.

Tanto que a professora Monteiro, no trecho supracitado, sustenta que o cultivo do pensamento reflexivo pode se dar *somente* em um ambiente de liberdade, democracia, etc., o que equivale a dizer: em um ambiente cujo parâmetro educacional por excelência deve ser o cultivo do ato de filosofar e jamais a mera transmissão linear da História da Filosofia.

Assim, vemos a autora claramente do “outro lado” do abismo que supostamente separa a História da Filosofia da atividade de filosofar ou do “ato de pensar” – lugar-comum por excelência que alguns professores de filosofia praticamente assumem como próprio, considerando-o um incontestável atestado pessoal do grande progresso que acreditam imprimir na docência de sua disciplina. Nesse sentido:

Dentro dessa senda emancipatória, a disciplina de Filosofia do Direito deve poder contribuir não só para a informação, mas também para a formação do estudante. Cultivar os valores da dignidade humana, facilitar o processo de conquista de sua autonomia. Ensinar a viver. A cidadania do estudante do Direito que também poderá ser reconhecida pelos compromissos que vier conscientemente a assumir com a humanidade e o planeta, sua identidade política reconduzindo a sua identidade humana. Educando para o pensar, o docente prepara uma cidadania acadêmica. Educando para o amor, o professor instiga o reencontro do sujeito com sua autonomia, revela o significado da alteridade, toma parte em um projeto de libertação. (MONTEIRO, 2004, p.235, grifo nosso)

Porém, uma análise minimamente aprofundada não nos permite olvidar o aspecto limitado da perspectiva exposta, uma vez que, embora se transite constantemente entre os dois pólos da dicotomia estabelecida por Kant, esta perspectiva tão ovacionada não se permite em momento algum, conforme exposto, o questionamento relativo à validade da distinção em si. Este será precisamente o nosso próximo objetivo.

A GÊNESE DA FILOSOFIA EM SUA HISTÓRIA: FALANDO A PARTIR DA TRADIÇÃO MESMO QUE PARA SUPERÁ-LA

Ante a ascensão da chamada viragem ontológico-linguística que comumente descreve o esforço do pensamento especulativo de nossos dias no sentido de se desprender cada vez mais das perspectivas subjetivistas do auge da modernidade, uma conclusão necessariamente se impõe: o sujeito não mais deve ser concebido como o árbitro plenipotenciário do objeto, titular da capacidade de estruturá-lo em sua integralidade segundo as potências racionalizantes de um *cogito* solipsista.

Afinal seja sob a perspectiva de um Nietzsche, de um Habermas ou de um Heidegger, por exemplo, pode-se vislumbrar um ponto de consenso entre praticamente todos os grandes nomes da filosofia atual, a saber, o reconhecimento de que ainda que o sujeito inevitavelmente venha a imprimir em qualquer objeto de conhecimento as marcas de sua subjetividade, esta há de necessariamente encontrar-se condicionada pelo ambiente histórico no seio do qual o homem permanece eternamente inserido ou, em outras palavras, no ambiente de sua tradição. Algo, por todos, expresso com maestria nas linhas do *Dasein* heideggeriano – o “ser-aí” que compreende o mundo e a si próprio somente segundo as estruturas de um transcendental histórico fruto das contingências de sua condição espaço-temporal, como bem assevera a preciosa lição de Ernildo Stein.

De tal sorte que a reflexão humana – devemos finalmente notá-lo - jamais existiu em si e por si, na qualidade de um pensamento que permanece alheio ao mundo e focado puramente em uma estrutura categorial de todo o sempre enclausurada no reino do *a priori*. Portanto, podemos dizer em sede de exemplificação que assim como a originalidade e o gênio de Kant não lograram obscurecer a posição da filosofia crítica enquanto máximo ponto de confluência das correntes racionalistas e empiristas que tradicionalmente caracterizavam a modernidade de então, também as mais evanescentes especulações da metafísica ao longo de todo o desenvolvimento humano não deixaram nunca de partir de um quadro de conceituação já (pré) moldado pela organização cotidiana de um dado momento histórico, mesmo na esfera de suas mais ousadas tentativas de transcendência.

E como não poderia deixar de ser, este novo referencial teórico nos impele doravante à conclusão inescapável de que *a filosofia se faz a partir de sua história*, não nos permitindo concebê-la como uma reflexão alheia à tradição, que exsurge altaneira de um local sem tempo no interior do qual apenas alguns poucos críticos iniciados ingressam a fim de contemplá-la em toda a sua dinâmica interna, enquanto que os demais restam condenados à

contemplação passiva das manifestações deste conhecimento na cotidianidade.

Infelizmente a incisiva constatação de Warat (1982) ainda se mantém, visto como o senso comum teórico descrito pelo autor mostra sempre sua força, aqui especificamente na forma da retenção da perspectiva de muitos daqueles que trabalham a filosofia (ainda) nos moldes do paradigma subjetivista da modernidade clássica. Tanto que determinadas assertivas repetem-se à exaustão, algumas reconhecendo mesmo a contingência histórica dos construtos teórico-filosóficos, mas isso tão somente para insistir no suposto compromisso do filósofo com a razão pura clássica:

[...] A atividade intelectual do filósofo, contudo, vai além da postura crítica frente à tradição. Compete a ele construir o saber filosófico segundo os parâmetros exigidos pela razão pura, possibilitando à Filosofia passar da simples idéia de uma ciência possível para uma ciência dada *in concreto*. (RODRIGO. 2004, p. 94, grifo nosso).

Porém se a reflexão filosófica sempre parte da contingência de um dado cotidiano histórico, ainda que intente posteriormente superá-lo, devemos reconhecer, por conseguinte, que o “ensinar a pensar”, também chamado de investigação filosófica segundo temas e problemas, não se separa de forma alguma da História da Filosofia, uma vez que isto significaria a própria destruição da disciplina. Neste sentido, comungamos da síntese de Paulo Ghiraldelli Jr para quem:

Não há como investigar “temas e problemas” em filosofia ou mesmo em filosofia aplicada sem estar integrado no âmbito da história da filosofia. Não há como estar integrado no âmbito da história da filosofia sem se estar em alguma polêmica no interior desta e, portanto, sempre que se está aí integrado se está envolvido com algum problema. (GHIRALDELLI, 2008)

Desta maneira se pode compreender porque a distinção entre filosofia e história da filosofia, conforme proposta pelo senso comum teórico que arrebatou grande parte dos docentes da disciplina, não tem sentido. Em decorrência o mesmo pode ser dito em relação à disciplina de Filosofia do Direito, pois não há como fazer Filosofia do Direito sem adentrar as matrizes da História da Filosofia do Direito e, sempre que estudamos esta última, somos naturalmente levados a pensar filosoficamente sobre o fenômeno jurídico.

Quem separa estes dois elementos complementares, permanece ainda à luz do citado paradigma de compreensão do auge da modernidade, estruturado sob a égide de uma subjetividade onipotente que acabou, no entanto, impactada em suas bases ao longo do transcurso do século XIX para o século XX, quando o sujeito “livre e autônomo” do período clássico passou a confrontar gigantes como a vontade de poder (*Wille zur Macht*) de

Nietzsche, o inconsciente de Freud ou mesmo o materialismo histórico de Marx, e isso para dizer o mínimo.

Aquele que entendemos como o equívoco da concepção teórica que separa a história da filosofia do ato de filosofar reside, portanto, basicamente em dois pontos. Primeiro porque se acredita que alguém possa dar conta de problemas filosóficos sem que se tenha feito isso já no interior de uma discussão com filósofos do passado e do presente, ou seja, sem se situar inicialmente já no âmbito da história da filosofia. E segundo porque não se compreende que a história da filosofia é diferente de todo outro tipo de história; ou estamos em seu interior, dialogando com os clássicos e contribuindo mesmo que de maneira tímida para sua construção, ou não se é alguém capaz de compreendê-la. (GHIRALDELLI, 2008)

Segundo Paulo Ghiraldelli:

Um tema e um problema, por mais inédito que seja, tem um pé em algo que vai ser sua tradição. Os filósofos mais alheios ao chamado conteúdo “histórico” sempre foram grandes historiadores da filosofia. Às vezes nos enganamos e achamos que um bom filósofo que escreve ensaios não históricos não é historiador da filosofia, mas, em geral, ele é um historiador da filosofia. O estilo do ensaio que coloca para o público omite isso explicitamente, mas ele, na hora de escrever, sabia o que estava falando do ponto de vista histórico e sabia muito bem como que o debate o levou a escrever do modo que escreveu. Ele estava de fato integrado na história da filosofia. (GHIRALDELLI, 2008)

Em última instância a disseminação desta insustentável distinção não denota senão a precária formação dos docentes de Filosofia em geral, e dos docentes em Filosofia do Direito em particular. E neste ponto em especial, irrepreensível a razão do argumento da professora Monteiro no que tange à graduação em Direito:

O enfoque dogmático e formal sobre os temas jurídicos produziu educadores com imensa dificuldade em operar com o humano em sala de aula, cultivando muitas vezes até verdadeira aversão pelas discussões mais amplas no recinto da classe, sendo possível até mesmo detectar a presença de certa fobia pelas vivências de caráter reflexivo dos alunos. O uso e abuso do recurso de estudo versicular dos códigos, tratados como as Sagradas Escrituras, a exigência freqüente, feita pelo docente aos alunos para que archive mentalmente os conteúdos didáticos como peças prontas e indiscutíveis de aquisição intelectual, inviabilizam qualquer proposta de transformação humanística e emancipatória dos estudantes (MONTEIRO, 2004, p.226)

Mas devemos considerar, ainda, que tal postura nefasta não pode ser atribuída única e exclusivamente aos docentes do ensino superior, haja vista o ambiente intelectual onde estes são formados, a saber, uma pós-graduação que muitas vezes tem como objetivo primordial

(para não dizer único) a formação de pesquisadores e não de docentes. Tanto que a avaliação dos programas nacionais de mestrado e doutorado se dá mediante a mera aplicação de critérios de titulação e produção científica, ou seja, sem qualquer análise acerca da qualidade do desenvolvimento da atividade de ensino (MONTEIRO, 2004, p.233).

Assim, se no âmbito da graduação a docência em Filosofia do Direito não se chega a romper a vetusta barreira do dogmatismo e desenvolve-se segundo uma linguagem hermética que poucos “iniciados” conseguem penetrar, este cenário também deve muito à situação atual da pós-graduação, onde a pesquisa arrebatada todos os esforços em detrimento da docência.

Neste ponto, em que pese o caráter cáustico do diagnóstico, nos alinhamos novamente com a professora Monteiro:

Na pós-graduação, encontramos dois tipos de professores: aqueles que utilizam a linguagem formal – quer traduzida na verve tradicional da dogmática jurídica, quer no discurso da sofisticada erudição teórica – e, embora com menor frequência, também é possível encontrar o docente que rompe as barreiras arcádicas e viola a interlocução vetusta, adotando didáticas mais modernas como a waratiana, por exemplo. Mas ainda assim, não se testemunha é o ensino na mesma linguagem que o professor deverá usar diante dos alunos da graduação e isso se dá por um motivo muito simples e justificado: porque, na verdade, o objetivo da pós-graduação é a formação de pesquisadores e, assim, a linguagem será sempre a da pós-graduação e não da graduação. Tudo isso equivale a dizer que a pós não capacita de fato professores para o ensino jurídico de graduação. (MONTEIRO, 2004, p.231)

Desta forma, uma vez considerada a precária e unilateral formação dos docentes de ensino superior - especialmente no que tange à formação filosófica em geral – em grande parte fruto da estrutura contemporânea da pós-graduação, outro não poderia ser o quadro que atualmente se faz presente: professores que tentam desesperadamente ensinar o aluno a “pensar o Direito”, mas se afastam deliberadamente da História da Filosofia do Direito, único elemento capaz de auxiliá-los (verdadeiramente) no cumprimento deste desiderato.

Registre-se ainda que a crítica dirigida à pós-graduação pode-se conectar com a realidade do ensino do Direito e de sua Filosofia, inclusive, por aspectos políticos, tendo em vista que os currículos acadêmicos e a educação em geral podem servir – e no mais das vezes de fato servem - de instrumento as forças políticas de um Estado em determinado momento histórico.

Por via de conseqüência, na descrição deste atual “estado de arte” Ghiraldelli Jr (2010) cita aquilo que os primeiros educadores do Movimento da Escola Nova no Brasil chamavam de *beletrismo*, onde se fala *sobre* o assunto, mas não *no* assunto. E como solução,

o autor propõe um novo olhar à prática docente de Filosofia, no sentido de postular que a questão principal não se resume a trabalhar ou não com a História da Filosofia, mas sim *como* se há de trabalhar com a mesma. Nesse sentido:

Eis a coisa: trabalhar com os textos clássicos básicos dos grandes filósofos e articulá-los aos problemas cotidianos de cada aluno, para que a história da filosofia seja, na mão deste, um instrumento de colaboração para que ele enfrente melhor a vida e os próprios estudos *filosofando*. (GHIRALDELLI, 2010)

Por analogia podemos dizer que um professor de Filosofia do Direito jamais deve prescindir do auxílio essencial da História da Filosofia do Direito; sua preocupação deve ser sim articular os problemas do cotidiano profissional (muitas vezes recém iniciado) de cada aluno a fim de que o indivíduo possa lidar com eles *a partir* da História da Filosofia, o que equivale dizer, filosofando. No entanto, é evidente que tal perspectiva não é isenta de problemas:

Qual a razão disso ser difícil? Há três problemas aí, que ficam potencializados quando se casam: 1) inexperiência de vida do professor; 2) incultura do professor a respeito da história da filosofia a partir dos textos clássicos; 3) incapacidade do professor, ele mesmo, de filosofar com a história da filosofia. Eu poderia traduzir tudo isso em uma palavra que, aqui, não obedece a qualquer conceituação teórica: alienação. O professor aliena sua vida do que ele lê na filosofia e, por isso mesmo, não consegue em nenhum momento dizer para o aluno algo como “sabe aquele drama que você vive com sua namorada? Pois bem, experimente pensar isso a partir do trecho X do autor Y”. Ou assim: “sabe aquele assunto de matemática que você não consegue aprender? Tente ler o filósofo Z na obra W e veja o tipo de raciocínio que ele usa”. (GHIRALDELLI, 2010, **grifo nosso**)

Eis assim o grande peso da responsabilidade do professor de Filosofia, que como pressuposto de seu mister deve antes buscar o conhecimento filosófico e aplicá-lo por si próprio à vivência diária do contexto de todas as suas atividades. Postura esta que se amolda com perfeição à prescrição de Celso Luiz Ludwig (2005, p. 69) para quem: “o pensar filosófico tem como ponto de partida, de algum modo, a cotidianidade da vida concreta. [...] Assim, a questão filosófica inicial está em *saber* partir da cotidianidade”.

No entanto, o mesmo Ludwig faz questão de destacar em antecipação aos argumentos contrários que uma perspectiva desta ordem em nada implica qualquer tipo de reducionismo a um empirismo ou pragmatismo ingênuo:

[...] Ninguém fica entregue irredutivelmente à condição cotidiana. Cada homem, e *todo* homem, embora estando na vida cotidiana, *ultrapassa* a cotidianidade, e essa é a *condição da filosofia*. A ruptura com o imediato e

natural leva ao processo de *formação* que exige do humano a passagem da cotidianidade à generalidade, generalidade que, no entanto, não se desliga inteiramente da cotidianidade. Esse movimento é desde já filosófico. É *nesse movimento* que se produz filosofia. [...] A generalidade aparece como a possibilidade do *deslocamento* da cotidianidade da via, o que permite um *deslocamento* do sentido da particularidade cotidiana na totalidade da vida, sem que haja o seu abandono. É essa a *condição da filosofia*. (LUDWIG. 2005, p. 69).

No que tange aos pontos de conflito destacados por Ghiraldelli Jr, insta salientar que especialmente os dois últimos apresentam-se com preocupante incidência no âmbito do ensino jurídico, onde os professores, no mais das vezes, não desenvolvem uma cultura a respeito da História da Filosofia do Direito simplesmente porque, em decorrência de sua formação, são incapazes, eles mesmos, de pensar o Direito a partir da História da Filosofia Jurídica.

Desta forma, o docente não compreende, por exemplo, o contexto da concepção filosófica de um determinado autor acerca do fenômeno jurídico; lhe é ininteligível a quem e a quê este autor buscava responder quando elaborou seu sistema conceitual, sendo ainda mais difícil compreender a repercussão da aplicação de um tal conceito à sua prática profissional. Como se pode pretender que este professor apresente a História da Filosofia do Direito aos seus alunos como um instrumento de auxílio na atividade profissional do jurista?

Encontramos na análise do doutrinador acerca dos docentes em Filosofia no ensino médio uma assustadora simetria com a postura que permeia a docência em Filosofia no curso de Direito:

Para agir assim, isto é, provocar o aluno para a solução de problemas a partir da filosofia, o professor precisa ser antes de tudo um filósofo. No entanto, não raro, ele é treinado (quando é) para ser um *scholar* da ciência, não um filósofo. Um cientista pode não fazer metaciência. Pode trabalhar em uma indústria e não ter nenhuma visão global da ciência e nenhuma compreensão maior desta na sua relação com a ética. Um tipo de formação em ciências já se consagrou assim, principalmente a partir do final do século XIX. Mas é muito estranho que esse tipo de formação tenha contaminado a própria filosofia, isto é, a formação do filósofo e do *scholar* da filosofia. Vemos então vários jovens “fazendo” filosofia como trabalho de mestrado ou doutorado, ou mesmo de iniciação científica e, logo em seguida, fora disso, nem se preocupam se estão ou não agindo segundo o senso comum. Não contaminam a própria vida com a filosofia que estudam. Ora, uma vez na sala de aula do ensino médio, criam então alienados – espelhos do professor. (GHIRALDELLI, 2010, **grifo nosso**)

Em suma eis a dura conclusão: tal como os docentes do ensino médio, os professores de Filosofia do Direito não “contaminam” a própria vida profissional com a filosofia que

estudam, permanecendo esta restrita ao ambiente acadêmico da sala de aula, seja da graduação, seja da pós-graduação.

Os discentes, por sua vez, espelham-se no professor e refletem a mesma postura alienada em relação à constante construção reflexiva que a filosofia do Direito propõe, acreditando que esta diz respeito somente ao ambiente acadêmico e não guarda qualquer relação com suas futuras atividades profissionais. Sobretudo devido à tendência já quase que imanente ao campo jurídico e seu corte formalista, que no afã de enquadrar-se à instrumentalização de um ambiente histórico dito pós-moderno muitas vezes acaba por negar o caráter problemático do próprio conceito de Direito, hoje tomado por grande parcela da dogmática jurídica como um ideal estável, salvo o questionamento possível tão somente em algumas mínimas exceções indiretamente previstas pelo ordenamento.

Nesta linha o eminente jusfilósofo Robert Alexy destaca o ponto em que os juristas são confrontados com a incompletude de seu sistema dogmático:

A esse respeito [conceito de Direito], todo jurista tem uma idéia mais ou menos clara que se exprime em sua prática. De modo geral, o conceito de direito que serve de base à prática jurídica é postulado como evidente, e, em casos comuns, mesmo quando sua solução é contestável, considera-se desnecessário fazer reflexões acerca de tal conceito. O mesmo não acontece nos casos incomuns. Nestes, o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se um problema permanente. (ALEXY, 2009, p.6)

100

Como exemplo prático, o autor nos remete a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão datada de 1968 onde, após analisar o caso de um Judeu emigrado que deveria perder a cidadania alemã como consequência da aplicação das leis de exceção do *Reich*, a Corte afirmou com precisão uma peculiar concepção da Filosofia Jurídica incompreensível para os juristas que eventualmente se deixem arrebatar pelo senso dogmático de um positivismo legal-formalista:

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. [...] Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (ALEXY, 2009, p.7, **grifo nosso**).

Ora, cumpre atentar para o precedente germânico devido inicialmente ao fato de que o

Tribunal Constitucional negou validade a uma *lei* com base unicamente em um conceito (filosófico por definição, diga-se de passagem) vago e questionável como “a justiça”. Mas, como não bastasse, a decisão também nos apresenta a um julgamento que repercute na esfera prática dos indivíduos a partir de uma argumentação puramente filosófica, de modo que não há como negar a relevância da abordagem reflexiva que somente a história da filosofia é capaz de proporcionar.

Porém o grande destaque reside no fato de que o magistrado prolator da decisão apresenta-se perfeitamente situado com a história da Filosofia do Direito, muito embora jamais o decline expressamente. Ao cogitar um “retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração”, o julgador claramente demonstra um conhecimento mesmo que superficial de uma concepção jusfilosófica – o positivismo jurídico - assim como situa temporalmente a origem de tal abordagem ao considerá-la um retrocesso, ou seja, um “andar para trás” em relação ao seu tempo presente. De modo que a própria dinâmica do julgado corrobora nossa assertiva inicial, demonstrando que a reflexão filosófica sobre o Direito sempre se faz à partir da História da Filosofia do Direito.

CONVERSAS CRUZADAS: SOBRE A PROPOSTA FILOSÓFICO-JURÍDICA DE APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E SUA TRADIÇÃO A PARTIR DA LITERATURA

Diante de tudo que restou dito relativamente à alteração paradigmática na compreensão do binômio que agora não mais deve contrapor a filosofia à sua história, permanece a pergunta: como aproximar os textos e os pensamentos clássicos dos alunos que ingressam nos cursos jurídicos?

Os itens anteriores do presente texto buscaram demonstrar não só a importância da História da Filosofia do Direito, mas sobretudo o seu status enquanto pressuposto essencial e necessário para o desenvolvimento de um saber jurídico verdadeiramente crítico, haja vista que a Filosofia no e sobre o Direito deve se dar sempre *à partir* da História da Filosofia do Direito.

Neste sentido, cremos que uma interessante proposta prática no campo da docência em Filosofia Jurídica reside na aproximação desta disciplina com aquela da Literatura geral e jurídica. Uma abordagem desta ordem por certo não se mostrava tão problemática no passado, visto como em textos clássicos da literatura ocidental é possível identificar temas caros e grandes contribuições ao universo do Direito. De forma que a perspectiva não se apresenta de todo indigna de resgate, mesmo porque hodiernamente existem, no mínimo, duas tradições de pesquisa no tocante as relações entre direito e literatura, sendo uma

desenvolvida nos Estados Unidos da América, que se apresenta como pioneira, e outra no contexto europeu, sobre tudo na Alemanha onde, segundo Claudio Magris (2006, p 2), verificou-se uma singular aliança entre poesia e direito, mormente sob a rubrica do Romantismo.

A relação entre *direito e literatura* pode ser apreendida basicamente por meio de três dimensões, quais sejam: (a) o direito *da* literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, políticas de subsídios editoriais e a história da censura, por exemplo. Em um segundo momento se tem o (b) direito *como* literatura, oportunidade em que a investigação gira em torno da análise retórica e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos, sendo assim, vale-se de práticas da crítica literária para compreender o Direito, as instituições, os procedimentos jurisdicionais e a justiça. Por último, temos (c) o direito *na* literatura, onde se buscam os temas jurídicos na literatura, ou seja, as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder, por exemplo, que possam ser encontradas nos textos literários e não nos manuais jurídicos ou documentos e diários oficiais (OST, 2006, p. 334).

Segundo François Ost (2006, p. 334):

A relação entre direito e literatura, podemos entender, pelo menos a partir de três dimensões diferentes:

Primeiro, encontramos com o direito da literatura, uma perspectiva geralmente reservada para os advogados. Sob esta perspectiva pode-se analisar a liberdade de expressão dos autores, a história jurídica de censura, as demandas decorrentes de conexão com obras que, em seu tempo, foram considerados escandalosos, de *Madame Bovary* até *Os Versos Satânicos*, de *As flores do mal* até um Pierre MERTENS paix Royale. As comparações podem ser feitas entre os sistemas de marcas e direitos autorais, pode ser estudada a partir da regulamentação das bibliotecas públicas para os programas escolares ou políticas de subsídios editoriais.

Uma segunda perspectiva pode ser o estudo do direito *como* literatura. Neste caso, se pode considerar a retórica parlamentar e judicial; pode-se estudar o estilo particular de advogados, um estilo que é ao mesmo tempo dogmático e tautológico e performativo. Se pode comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e textos legais. Este tipo de abordagem tem sido desenvolvido em grande parte nos Estados Unidos, basta dar uma olhada no trabalho de alguns autores como Ronald DWORKIN e Stanley FISH.

Finalmente, a perspectiva de que optei estuda o Direito *na* literatura. Certamente não se estuda as leis específicas, que encontramos nos jornais oficiais, em tratados e doutrinas (embora note que em certas páginas de Balzac se pode aprender muito mais sobre a falência do que em antologias completos de jurisprudência) . Não, o direito que procuro na literatura é aquele que assume as questões mais fundamentais sobre a justiça, o Direito e o poder. Orestes e Hamlet nos convidaram para ir pelo caminho estreito que separa a vingança da justiça; é a consciência problemática de Antígona que questiona o desafio lei natural para a institucionalização da lei em todas as

épocas; é a criminalização arbitrária de Joseph K. que levantou a ponta do véu que cobria a arcaica Lei das necessidades, aquela que assume quando as instituições e os procedimentos estão corrompidos e pervertidos.

A longa transcrição se justifica para demonstrar não só a riqueza intelectual dos autores citados, mas a fecundidade da aproximação destas perspectivas de estudo para a educação jurídica e a construção de um saber jurídico reflexivo e crítico, bem como por uma possível forma de abordagem da História da Filosofia que não se desvincilhe do ato de refletir.

No presente trabalho, busca-se considerar *in casu* a perspectiva do direito *como* literatura com o objetivo de pensar a história da filosofia do direito e aproximá-la do contexto dos alunos, principalmente daqueles que ingressam nos cursos jurídicos, pois tanto a atuação na literatura quanto no direito se define basicamente mediante uma prática de interpretação o que, a princípio, parece demonstrar não só a possibilidade de aproximação dos dois campos do saber enquanto fenômenos culturais, mas igualmente da ensejo a uma maneira mais agradável de incentivar a reflexão e o conhecimento dos clássicos. E aqui retomamos o competentíssimo magistério do professor Lauro Frederico Barbosa da Silveira, que ao analisar a produção poética a partir da semiótica peirceana conclui que a compreensão fenomenológica do universo não seria querida ou amada, e não seria, conseqüentemente, representada como um programa de conduta racional, se não fosse apresentada à mente como algo admirável e amável, tarefa esta que é cumprida especificamente pelo ponto de vista estético que emerge da literatura. (SILVEIRA. 1983, p. 20)

Neste diapasão, considerando que um dos problemas centrais do universo jurídico a toda evidência se encontra sedimentado na problemática concernente à interpretação, notadamente no que se refere aos assim chamados *hard cases*, não parece irrazoável eleger o pensamento de Ronald Dworkin para demonstrar o quanto Direito se assemelha à Literatura em pontos de contato absolutamente essenciais. Isso porque segundo Dworkin (2001, p. 220/221) o aspecto central se encontra justamente na interpretação, sendo que a Literatura colabora com o Direito sempre para uma melhor compreensão de seu universo, não tratando a interpretação jurídica como uma questão *sui generis*, mas sim, colocando a interpretação como a racionalidade imanente do universo jurídico.

Para fixarmos os exemplos jurídicos que fogem dos casos mais fáceis (*easy cases*), supostamente passíveis de resolução pelo clássico raciocínio da subsunção, Dworkin (2001, p. 236) argumenta que:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” as decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião [...].

Ainda, para o *jusfilósofo* estadunidense (2001, p. 239/241):

Sabemos, a partir do raciocínio equivalente na literatura, que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é válida entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. [...] Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.

104

Neste sentido, para Dworkin o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá sua abordagem no que se refere à interpretação, dependerá de alguma concepção da integridade e coerência do direito como instituição, sendo que esta concepção irá limitar a arbitrariedade do ajuste da decisão com a esfera do que Dworkin chama doutrinal (DWORKIN. 2001, p. 241). Eis aqui precisamente a importância da tradição e do “filosofar a partir da história” que buscamos destacar anteriormente.

Dessa maneira, o trabalho de Dworkin parece tentar demonstrar, se assim se pode dizer, a impossibilidade da busca pela vontade do legislador. Não obstante, cremos que a importância maior de sua tese reside na aproximação entre direito e literatura como forma de viabilizar a construção de um saber jurídico que leve em consideração distintos referenciais, que não os da visão tradicional da dogmática dos códigos legais e a visão “manualesca”, ou seja, trata-se da postulação de um referencial teórico direcionado para a construção de uma reflexão jurídica sempre *a partir de uma tradição*, como tanto buscamos enfatizar.

Assim temos que a proposta do *jusfilósofo* estadunidense emerge nos dias atuais como uma alternativa também para o ensino de Filosofia do Direito, superando a compreensão anteriormente referida que separa a reflexão de sua História. Ademais, a proposta igualmente abre um caminho para a um contato mais íntimo dos futuros juristas com os clássicos

referenciais da filosofia política e jurídica de hoje e sempre.

Por fim, mesmo a aproximação dos léxicos direito e literatura parece poder contribuir para o rompimento do distanciamento entre a História da Filosofia e a própria Filosofia (*aprender filosofia ou aprender a filosofar*), com implicações para a Filosofia do Direito e a educação jurídica, uma vez que na poética conclusão de Lauro Frederico Barbosa da Silveira (1999, p. 64), do mesmo modo como dizemos que um corpo está em movimento e não que o movimento está num corpo, devemos dizer que estamos em pensamento e não que um pensamento está em nós.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece possível considerar que, se pretendemos de fato desenvolver uma abordagem realista do ensino de Filosofia em geral, e do ensino de Filosofia do Direito em particular, devemos primeiro desfazer o equivocado paradigma do senso comum teórico que defende a separação entre a História da Filosofia e o ato de filosofar em si.

A preocupação primordial dos docentes não deve se resumir a/ou transmitir a História da Filosofia, ou “ensinar a pensar”, mas sim e sobretudo *como ensinar o aluno a pensar a partir da História da Filosofia ou da História da Filosofia do Direito, relacionando ambas com a experiência cotidiana de cada um*. Do contrário, incidiremos recorrentemente no diagnóstico atual de Ghiraldelli Jr de que há professores que sabem o conteúdo; outros que além de saber o seu conteúdo, o entendem perfeitamente dentro do contexto em que ele se fez conteúdo escolar; e, ainda, tem professor que não sabe nenhuma dessas coisas e, portanto, para este, a eterna luta é a de se tornar “crítico”. (GHIRALDELLI, 2010b).

Somente após o estabelecimento desta mudança de referencial teórico como base da discussão é que poderemos, enfim, buscar desenvolver uma efetiva atividade docente no ensino de Filosofia e de Filosofia do Direito, a fim de que a discussão não gire sempre em torno do pressuposto de que o primeiro professor não pode vir a ser o segundo e que, não existindo o segundo, é necessário fabricar o terceiro.

Por fim, postulamos que merece especial consideração dos docentes de Filosofia também o potencial viés libertário e emancipatório da literatura no que se refere à reconstrução de nossa condição humana e, portanto, nos parece viável e benéfica uma aproximação entre o Direito e a Literatura no curso de suas respectivas atividades pedagógicas, tudo como forma de colocar a reflexão jurídica em contato com sua tradição e, aí sim, possibilitar a verdadeira e efetivamente filosófica “tarefa do pensamento”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Martins Fontes: São Paulo. 2009.
- ARANTES, Paulo Eduardo. **Um departamento francês de ultramar**. Estudos sobre a formação da cultura filosófica uspiana. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1994.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Raízes filosóficas do Estado Democrático de Direito ou porque estudar a filosofia do direito. In: *Filosofia no Direito e Filosofia do Direito*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 5, p.319-332. 2007.
- BILLIE, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole. 2005.
- BUENO, Roberto. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. In: **Em tempo**. Marília. v. 10, p. 9-25. 2011.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura?. In.: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v 10, n. 19, p. 87-103. 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. **Introdução histórica à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense. 1977.
- _____. **Teoria crítica do direito**. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- DURÃO, Aylton Barbieri. **É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?**. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, p. 1-14. 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.
- GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. In: **Em Tempo**. v. 3. p. 103-107. 2001.
- GHIRALDELLI Jr. Paulo. **A filosofia no ensino médio. 30/06/10**. Disponível em: <http://ghiraldelli.pro.br/2010/06/30/a-filosofia-no-ensino-medio/>. Acesso em: 25/08/10
- _____. **Formação em Filosofia – notas críticas. 01/11/08**. Disponível em: <http://ghiraldelli.wordpress.com/2008/11/01/formacao-em-filosofia-notas-criticas/>. Acesso em: 12-05-2015
- _____. **O fetiche da crítica. 15/08/10**. Disponível em: <http://ghiraldelli.pro.br/2010/08/15/o-fetiche-da-critica/>. Acesso em: 25/08/10
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.
- KANT, Imanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo? In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

LIPMAN, Matthew. **O pensar na Educação**. Vozes: São Paulo. 1995.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia e Filosofia do direito. In: *Filosofia no Direito e Filosofia do Direito*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 5, p. 69-97. 2007.

MAGRIS, Claudio. Los poetas fueron los primeros legisladores. In: **Diario ABC**. Madrid, fevereiro de 2006.

_____. Los poetas y los legisladores. In: **La nacion**. Disponível na internet: <http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y-los-legisladores> . Acesso em 12-05-2015.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de Filosofia do Direito**. Fundação Boiteux, 2004.

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. In: **Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho**. Nº 29, p. 333 – 348. 2006.

PRADO JUNIOR, Bento. Profissão: filósofo. In: **Cadernos PUC**. Nº 1, p. 15-32. 1980.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 196, p. 297-311.2012.

RODRIGO, Lídia Maria. Aprender filosofia ou aprender a filosofar: a propósito da tese kantiana. In: Gallo, Silvio; Danelon, Márcio; Cornelli, Gabrielle. (Org.). *Ensino de Filosofia: teoria e prática*. Ijuí: Ed. UNIJUI, p. 91-99. 2004.

RORTY, Richard. **A filosofia sem salvação**. Entrevista a Bernardo Carvalho. Folha de São Paulo, 8 mai. 1994b. Disponível na internet: http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm. Acesso em: 12-05-2015.

_____. Depois da filosofia, a democracia. In: **A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, Macintyre, Kuhn**. Giovana Borradori (org.). Trad. Alvaro Lorencini. São Paulo: editora da Unesp. 2003.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Semiótica peirceana e produção poética. In: *Trans/Form/Ação*. Nº 6, p. 13-23, 1983.

_____. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). **Ciências cognitivas em semiótica e comunicação**. São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.

STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: **Filosofia no Direito e Filosofia do Direito**. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 5, p. 125-145. 2007.

TUZET, Giovanni. Diritto e letteratura: finzioni a confronto. In: **ISLL – Italian society for law and literature**, vol 2, p. 1-23. 2009.

ALGUNS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE NA INTERNET

*Igor de Toledo Pennacchi Cardoso MACHADO*⁷

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar alguns dos conflitos dos direitos à liberdade de expressão na *internet* na sua relação à privacidade na também na rede mundial. Com a evolução da tecnologia a *internet* transformou-se no maior meio de comunicação do mundo, local no qual qualquer um possa através de posts, em blogs ou redes sociais, expressar o que pensa sobre variados assuntos. É evidente que em algum ponto dessa livre exposição de pensamentos a privacidade de algum indivíduo será afetada, através de algum comentário grosseiro ou a exposição ao ridículo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Internet. Direitos da Personalidade Livre manifestação de pensamento. Direito à Privacidade. Vida Privada.

RESUMEN

Este estudio tuvo como objetivo demostrar algunos de los conflictos de los derechos a la libertad de expresión en Internet en relación a la privacidad también en la web en todo el mundo. Con la evolución de la tecnología de Internet se ha convertido en los mayores medios del mundo de la comunicación, la ubicación en la que cualquier persona puede a través de mensajes en blogs o redes sociales, expresar lo que piensa sobre varios temas. Está claro que en algún momento esto gratis pensamientos de la exposición a algo de privacidad se verán afectadas por cualquier comentario o exposición gruesa al ridículo. Este estudio tuvo como objetivo demostrar algunos de los conflictos de los derechos a la libertad de expresión en Internet en relación a la privacidad también en la web en todo el mundo. Con la evolución de la tecnología de Internet se ha convertido en los mayores medios del mundo de la comunicación, la ubicación en la que cualquier persona puede a través de mensajes en blogs o redes sociales, expresar lo que piensa sobre varios temas. Está claro que en algún momento esto gratis pensamientos de la exposición a algo de privacidad se verán afectadas por cualquier comentario o exposición gruesa al ridículo.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión. Internet. Derechos de la personalidad libre expresión del pensamiento. Derecho a la privacidad. Vida Privada.

INTRODUÇÃO

O artigo revela alguns aspectos importantes dos confrontos entre dois direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade, tendo como objeto apenas esse confronto na rede mundial de computadores, dentro do recorte que se escolheu nesta abordagem acadêmica. Para tanto, no primeiro capítulo utilizando o método histórico

⁷ Estudante de Graduação - Toledo Prudente Centro Universitário.

abordou-se a liberdade de expressão ainda antes do constitucionalismo. Num primeiro momento, demonstrou-se a preocupação dos gregos nas cidades-estado e controlar os conteúdos das manifestações. Ainda nessa fase inicial do trabalho buscou-se um relato do instituto escolhido da liberdade de expressão para os romanos, com controle, censura e punição. Foram usados não apenas neste capítulo, mas também nos demais os métodos dedutivo e indutivo.

Ainda no primeiro capítulo é tratado sobre os aspectos constitucionais da liberdade de expressão, desde o seu primeiro aparecimento na Declaração dos Direitos da Virgínia, até a nossa Constituição vigente, além de demonstra as diferenças entre liberdade de expressão e de imprensa.

Em um último momento, ainda no primeiro capítulo foi feita uma relação entre a *internet* e a liberdade de expressão, mostrando seus aspectos culturais que facilitaram para que a internet tomasse conta dos meios de comunicação nos dias de hoje.

O segundo capítulo tem o objetivo de diferenciar o direito a vida privada e o direito a intimidade, ambos ramos do direito à privacidade, e com isso acabar a falta de entendimento do assunto.

Posteriormente, ainda no segundo capítulo, é demonstrado que nos dias atuais é comum a violação da privacidade devido a vulnerabilidade da *internet*, e a superexposição da vida de pessoas através de blogs e redes sociais, que são utilizados única e exclusivamente para “focar” sobre a vida privada das outras pessoas, principalmente pessoas famosas

Por fim, no último capítulo fala sobre a falta de legislação competente, para vetar esses acontecimentos jurídicos envolvendo direitos fundamentais. Buscou-se demonstrar quais são os impedimentos jurídicos assim a que mais pessoas tenham suas vidas afetadas por conta da exposição de suas vidas para a sociedade.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS ANTIGOS

Os primeiros relatos conhecidos revelam que há muito tempo havia uma tensão entre as liberdades de comunicação e a vida das pessoas. Os gregos foram os primeiros a tratar sobre liberdade de expressão e seus limites, na época de Sócrates, Platão e outros filósofos discutiram sobre o tema. No entanto, na “polis” não havia direitos, mas apenas tolerância sobre algumas temáticas que poderiam ser desenvolvidas, enquanto que para outros assuntos havia todo o tipo de censura e controle das manifestações. Nesse período chamado de Antiguidade, não havia ainda direitos e liberdades, que surgem apenas no século XVIII, com o modelo constitucional liberal clássico.

Havia entre os gregos uma preocupação com a oposição política e as críticas, pois as manifestações poderiam trazer problemas. Havia contribuições sociais, jurídicas e filosóficas nos escritos como as formas aristotélicas de governo, mas tudo sob um rígido controle. Aristóteles escreveu seus trabalhos sobre o governo ideal da cidade, mas havia diferentes ensaios sobre sociologia, filosofia e política de diversos pensadores. Os filósofos das “polis” foram os inventores da ciência política, a ciência do governo. Os seus melhores escritores e filósofos, Hesíodo, Heródoto, Platão e Aristóteles analisaram as instituições das cidades e fizeram críticas, enquanto que Eurípedes abordou um tipo de liberdade de expressão.

Na cidade de Atenas, durante o governo de Péricles (Século V, a.C), um filósofo chamado Anaxágoras foi condenado por blasfemar contra os deuses e todos os seus livros foram queimados em praça públicas. No entanto, são vários os registros de perseguições devido a conteúdos proibidos. Para total controle dos conteúdos havia uma censura estruturada, com participação das autoridades. Quanto os conteúdos eram considerados blasfêmia aos deuses, por exemplo, os autores eram punidos até mesmo com a morte. As pessoas que ousaram fazer críticas foram perseguidos, presos e sofreram castigos, alguns de forma severa. A finalidade era coibir que as pessoas expressassem algumas opiniões contrárias, ou seja, discordassem dos detentores do poder. Não eram permitidas opiniões que implicassem em algum tipo de contrariedade aos princípios sociais, políticos, religiosos e morais, sobre os quais se assentava a vida da “polis”. A liberdade de crítica era tolerada algumas vezes, mas dentro de parâmetros pré-determinados dentro das discussões feitas na *Ágora* durante a *Ekleisia*.

A denominada democracia ateniense, que na verdade era uma aristocracia, mostrava-se intolerante com a oposição e por isso, montou uma censura institucional para controlar os conteúdos.

Em Roma, uma legislação importante chamada de “Lei das XI Tábuas trazia na Tábua VII, “Dos delitos”, incluindo as injúrias, ou seja, crime contra os abusos da liberdade de expressão.

Começa a se formar, paralelamente aos “*ius civile*”, um novo direito vindo das ideias filosóficas do helenismo e emanado dos magistrados o quais procuram amenizar a rigidez inflexível do antigo sistema das *legis actiones*.

As manifestações romanas eram diferentes, com desenhos e frases em muros da cidade, com críticas e até mesmo xingamentos, passando por enaltações aos feitos dos gladiadores até propagandas de prostíbulos e bares. Havia críticas ao comportamento sexual de nobres.

Para controlar essas práticas, a Lei das XII Tábuas interpretada pelos pretores permitiu uma ação de injúria diante de qualquer ofensa à honra, mas apenas nos casos claros e evidentes.

Tibério (14-37 d. C), o príncipe liberal no começo do seu reinado, foi o primeiro homem de Estado a proclamar que, em um governo livre, a palavra, e também o pensamento, devem ser livres. Essa liberdade do discurso não foi constante, pois, posteriormente, ele e também Domiciano proibiram, sob penas severas, a publicação de qualquer notícia ou comentário que pudesse ser interpretado como dissentimento, ou desaprovação dos seus atos, ou contivesse qualquer referência à ação das suas hostes, ou ao procedimento dos seus capitães.

Portanto, como fica claro, no período antigo houve sempre uma busca por controlar a manifestação do pensamento, em especial a liberdade de expressão entre gregos e romanos. Mas, a busca por limites e controle não foi apenas no período que Norberto Bobbio chama de “era dos deveres”, mas também ocorreu depois do século XVIII, dentro do constitucionalismo.

111

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo nasceu nos Estados Unidos da América do Norte no século XVIII, com a povoação desta área e a necessidade de ter uma carta de direitos que organizasse esse “novo Estado”, foi criada a Carta do Bom Povo da Virgínia chamada de Declaração de Direitos de Virgínia em 1776, a primeira constituição escrita do mundo, que logo em sua 1ª emenda previa o direito a liberdade de expressão.

No entanto 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França houve formalização dessa liberdade de pensamento que poderia ser manifestada, mais especificamente em seu artigo 11, posteriormente esse assunto foi inserido na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em seus artigos 18e 19, assim como o Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 13, I, tratado em que o Brasil assinou em 1969.

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão, ou a livre manifestação de pensamento com também é conhecida, é um dos direitos fundamentais, uma clausula Pétreia, isto é, um dispositivo constitucional imutável, sendo assim não pode ser revogado, está previsto no artigo 5º IV, IX e 220 §2º .

Desde a constitucionalização da liberdade de expressão, ela é dita como um sinônimo de liberdade de informação, (ou de imprensa como preferem alguns doutrinadores), no

entanto, mesmo estando entre ligadas são distintas, a liberdade de informação consiste no direito de se informar e na liberdade de informar.

O direito de se expressar é um direito individual, porém nada impede que ele possa ser exercido de forma coletiva, esse é o caso da pressão popular, ou como conhecemos popularmente, as manifestações de rua, como por exemplo, a “Diretas-já” no período da ditadura, o “cara-pintada” quando o então Presidente da República Fernando Collor de Mello sofreu o *impeachment* e as manifestações que estão ocorrendo nos dias de atuais que são as mais variadas, entre as quais algumas contra a Presidente Dilma Rouseff.

INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Existem no mundo duas espécies de meios de comunicação, os meios de comunicação impressos e os “não impressos”. Os meios impressos de comunicação, como por exemplo, jornais e revistas, ou seja, aqueles privados que estariam livres de qualquer forma de censura prévia e/ou qualquer tipo de controle governamental, isto é, qualquer pessoa que fazer um jornal ou uma revista, sem forma alguma de regulamentação ou autorização estatal, a não ser uma autorização, que é necessária para fazer qualquer negocio funcionar.

Os meios não impressos de comunicação, como por exemplo, televisão e radio, seriam o oposto do anterior, muitos mais rigorosas para serem formadas, isso porque esses meios são transmitidos através de espectros eletromagnéticos, o que não vem ao caso.

Mas e a *internet* em qual das duas espécies ela se encaixaria? Essa pergunta foi respondida pelos Estados Unidos da América, que ao fazerem o *Telecommunication Act*, em oito de fevereiro de mil novecentos e noventa e seis, que em seu título V, regulou o *Communication Decency Act (CDA)*, que dizia que deveria haver um controle governamental na *internet*, e isso a qualifica como meio não impresso de comunicação. No entanto, o CDA foi considerado inconstitucional, pois via de encontro à 1ª Emenda, já mencionada anteriormente, e assim não seria legitima a censura da *internet*, sendo este o maior e mais acessível meio de comunicação do mundo, teoria que foi aceita pelo Brasil.

Com a globalização do mundo, o acesso à tecnologia foi extremamente facilitado, qualquer um pode ou tem um celular, computador ou *tablet* que tem capacidade de se conectar, segundo pesquisas feitas pela ITU (União Internacional de Comunicações, em sigla em inglês) hoje cerca de 40% da população mundial, isto é, mais de 3 bilhões de pessoas tem acesso a *internet*, a facilitação do acesso e a velocidade em que as informações viajam fez deste o mais utilizado meio de comunicação do mundo.

Sendo este, a *internet*, um local praticamente público, a livre exposição do

pensamento é quase que inevitável, a utilização de *blogs*, diários virtuais que são atualizados diariamente por seus donos, e redes sociais, como o facebook, só vem aumentando. Esses dois dispositivos anteriormente exemplificados são as maiores formas de liberdade de expressão que temos hoje no âmbito digital.

Os *blogs* em seus diversos tipos, esportivo, informativo e tantos outros, foram desenvolvidos para que seus criadores possam falar tudo aquilo que lhes vem na cabeça, assim como nas redes sociais que as pessoas podem postar em suas páginas aquilo que mais lhes agrada, porém esses *posts* podem ser ofensivos para algumas pessoas e acabam invadindo a privacidade de outras pessoas.

DIREITO À PRIVACIDADE

A constituição Federal de 1988 foi a primeira do país que tratou de proteger a privacidade, em seu artigo 5º, X, que diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, neste tópico falaremos da vida privada em si. Todos são direitos da personalidade, que também são encontrados no Código Civil, mas opção é apenas por um desses direitos escolhidos dentro do recorte desejado.

Para o melhor entendimento desta questão, imaginemos que nossa vida seja dividida em três círculos, a vida social é um círculo maior e mais abrangente, dentro do círculo da vida social existe um círculo menor, que seria a vida privada, que consiste em relacionamentos sociais que o indivíduo mantém separados da vida social, como a vida familiar, segredos de trabalho e a vida amorosa.

No entanto, existe dentro do círculo da vida privada, uma subdivisão, isto é, outro círculo menor e mais invulnerável, o qual é chamado de intimidade. Não se pode confundir privacidade com intimidade.

A vida privada seria como já foi dito anteriormente, um viver entre família, amigos, trabalho e relações amorosas, mas com certa reserva, a intimidade, seria uma relação mais reservada ainda, uma divisão entre o “eu” e os “outros”, o direito de estar só.

O autor italiano Giuseppe Corasaniti afirma que decorrente dos direitos da personalidade surge outros direitos, como os direitos de resposta e réplicas que procuram ser essencialmente vinculados à identidade pessoal dentro da vida privada. O autor reconhece que há também um tipo de direito geral da personalidade, que se exprime na reivindicação de aparecer aos outros concidadãos numa dimensão que seja compatível com as exigências da dimensão de desenvolvimento social do indivíduo e que, portanto, assegure a representação fiel, correta e completa da sua imagem social.

O direito à privacidade na rede mundial em confluência com os direitos de informação e de comunicação tem um potencial significativo para a democracia. Por isso, deve ter prevalência em nível constitucional e internacional, pois as pessoas precisam ter os direitos da vida privada assegurados. Os dois direitos, incluindo a vida privada por força do dispositivo da Lei Maior tem ainda aplicabilidade direta e horizontal. As formas de manifestação da expressão podem ser as mais variadas e de diferentes, mas tem de ser conjugada com outros direitos fundamentais e nomeadamente respeitar os direitos da personalidade.

Apesar das redes sociais permitirem que as próprias pessoas exponham diversos conteúdos ligados à vida privada das pessoas, entende-se que ainda assim esse internauta que participa das redes sociais pode escolher os momentos, fotografias e opiniões que quer compartilhar e também quais as pessoas que poderão ter acesso à essas informações, muitas ligadas à sua vida.

Contudo, parte desse vida privada pode ser alcançada por outras pessoas por mais diferentes expedientes ou mesmo ocorrerem ataques, já que a rede mundial permite isso.

AS VIOLAÇÕES DA VIDA PRIVADA NA INTERNET

A Internet é um meio de comunicação de massa mais utilizado no mundo, com características e problemáticas próprias, como a possibilidade de ataques dos mais diversos à vida privada das pessoas. Isso devido às inúmeras possibilidades que existe na plataforma mundial de computadores.

A rede se presta a outras funções, como venda de produtos, telefonia e transmissão de dados pessoais, entre outros. Por isso, há outras definições devido à abrangência da comunicação feita e da pluralidade de instrumentos. Tecnicamente, trata-se de uma rede mundial que liga um elevado número de computadores no mundo todo, mas disponibilizada um campo de circulação de informações nunca antes conhecido, com diferentes fins.

Horácio Fernández Delpech divide os participantes em quatro grupos, utilizando o modelo norte-americano: a) usuários individuais; b) provedores de conteúdo; c) provedores de serviço e d) provedores de rede.

Para apreciação do controle sobre a Internet, a principal questão de ordem jurídica foi abordada por Henrique Gandelman:

“a questão básica é definir se a Internet é um meio de comunicação impresso, como, por exemplo, os jornais, revistas ou livros – e, assim sendo, estaria livre de qualquer censura prévia e de qualquer controle

governamental; ou se a Internet é um veículo de broadcasting, como a TV, por exemplo, e, nesse caso, sujeita ao controle governamental e a critérios de auto-regulamentação”.

No Brasil, a internet deve ser vista como uma plataforma, que democratizou a informação, mas permite abusos, pois como dizia anteriormente Vital Moreira, liberdade de imprensa é “cada vez mais um poder de poucos”.

Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes revelam os interesses comerciais ou de grupos de interesse. No entanto, a rede permitiu que cada pessoa elabore os seus conteúdos informativos. Houve uma democratização da possibilidade das pessoas expressarem suas opiniões sobre diferentes conteúdos.

O fato de a *internet* ser facilmente acessada faz com que ela fique vulnerável a qualquer tipo de violação, ainda mais com a falta de lei que protejam este direito fundamental. O que ocorre é que com a plataforma mundial, todas as pessoas podem produzir todo o tipo de conteúdos e publicar toda sorte de conteúdos.

Na rede mundial, existe a interatividade com os leitores, ouvintes e telespectadores que proporcionam às pessoas uma participação mais ativa no processo de comunicação. A rede permite aos usuários, por exemplo, participar ativamente de um programa de debates, fazendo perguntas ou observações por *e-mail* ou por outros instrumentos, como o *twitter* ou redes sociais.

Mas, há ainda a chamada “convergência de mídias”, que permite a utilização de espaços diferenciados para colocar conteúdos. É possível, por exemplo, ter acesso à Internet pelo aparelho de televisor. O equipamento pelo qual o espectador se conecta à *web* já acoplado aos aparelhos de televisão, o que deve estar no mercado desde 2011. Portanto, há grupos de multimídia integrada que incluem emissoras de rádio, televisão e Internet.

Há ainda, como possibilidade e estratégia, dos mesmos conteúdos aparecerem num *blog*, na rede *facebook* ou no *twitter*.

Todas as mensagens ou conteúdos postados têm como base os direitos de informação e da liberdade de expressão, bem como o direito de comunicação, todos previstos na Constituição, mas respeitando os direitos da personalidade. Porém, a Internet proporciona uma ampliação na postagem de conteúdos. Inicialmente, porque antes havia limitação de espaço, o que não corre na Internet. Não há limites físicos de armazenamento.

O segundo ponto é no tocante a possibilidade ilimitada de conteúdos diferentes oriundos dos mais diferentes lugares e procedências.

É necessário definir as informações ou mensagens na Internet, a partir da palavra “informação”, pois existem diferentes conteúdos ligados à liberdade de expressão.

No entanto, existem alguns dispositivos da lei que regularizam a vida privada como é o caso do artigo 21 do Código Civil brasileiro tem a função de assegurar este direito.

O Marco Civil da Internet é outra legislação que teve como objetivo buscar regular as relações entre os dois direitos fundamentais no campo da rede mundial. No entanto, praticamente, isso se torna inviável, pois os provedores mundiais ficam fora do território brasileiro, o que dificulta as apurações dos autores de irregularidades.

A vulnerabilidade de dados da vida privada na *internet* é imensurável, o principal mecanismo como já foi dito anteriormente, que são utilizados a exposição da vida privada das pessoas são os *blogs* e as redes sociais, principalmente de pessoas famosas, os famosos *blogs* de fofoca, que tem como único objetivo mostrar a vida privada dos famosos para seus leitores.

No entanto, as pessoas comuns também são alcançadas pela falta de proteção, alguns até por se descuidarem e publicar dados da sua vida nas redes sociais. Outros mesmo sem páginas nas redes sociais também podem ser atacados por notícias falsas e muitas vezes criminosas.

Essa exagerada exposição da vida privada das pessoas, muitas vezes acaba influenciando na vida social destas, sendo algumas delas até discriminadas ou até sendo alvo de “*bullying*” perante à sociedade .

Um dos casos mais conhecidos, na atualidade, sobre o presente assunto é o caso da atriz Carolina Dieckmann que teve sua privacidade violada com a exposição de fotos íntimas na *internet*, no entanto a atriz conseguiu retirar suas fotos da rede através de um processo judicial.

O caso acima relatado é muito comum nos dias de hoje, a violação da privacidade das pessoas através de fotos, comentários, entre outros, já não surpreende mais a pessoas como antigamente.

CONCLUSÕES

Com o advento da Internet, a transmissão da informação e da comunicação abre espaço para democratização de todas as manifestações, mas também abre-se campo para a possibilidade de multiplicação de abusos, como crimes cibernéticos. Possibilita a rede mundial violações aos direitos da personalidade, como intimidade e vida privada.

A liberdade e expressão é um dispositivo que garante a livre manifestação do

pensamento, mas respeitando os limites previstos na Lei Maior. O problema é que com a democratização da liberdade de expressão, muitas vezes os conteúdos podem violar direitos de pessoas e até atingir a vida privada. A liberação total do campo das ideias permite abusos e a liberdade de expressão por meio da *internet* pode ser prejudicial.

Os artistas e pessoas públicas, entre outros, são alvos, mas o principal problema surge quando as violações ocorreram contra as pessoas comuns, vítimas de acusações falsas e histórias inverídicas.

A rede telemática amplia de maneira virtual a possibilidade de toda a sorte de opiniões, mas também de abusos que violam os direitos da personalidade. É de se notar a importância que adquiriu para a liberdade de expressão do pensamento, crítica ou propostas através de um veículo que não tem censura nas democracias.

Estudos comprovam que há abusos da liberdade de expressão, em especial por parte de jovens que lançam suas ideias, mas muitas vezes publicam críticas ofensivas e outras vezes revelam informações inverídicas e prejudiciais. A rede mundial da *internet* dá a pessoa a falsa impressão de que a pessoa está segura, que não será encontrada. Sendo assim sem medir suas palavras, alguns postam o que bem entendem, com o pretexto, de que a página é minha e eu posto o que eu quiser. No entanto, esses *posts* ofensivos, falsos ou que violam a vida privada das pessoas podem gerar responsabilidade civil e penal. Mas, antes disso, as publicações podem acabar com a vida social de alguém, pelo simples fato de sua vida privada não se encaixar no parâmetro estabelecido pela sociedade.

Há uma correlação entre a liberdade de expressão e a privacidade, uma relação de direito/dever, isto é, pessoas têm o direito de manifestar livremente seus pensamentos, porém elas também têm o dever de não violar a privacidade de outros. Os limites estão na Constituição e o Judiciário tem sido palco de muitas ações, que apenas comprovam os abusos perpetrados.

A liberdade de expressão na rede deve ser encarada com um novo desafio no âmbito da sua proteção jurídica, que resulta das limitações intrínsecas e extrínsecas, com as tuteladas pela vida privada das pessoas. O controle do exercício na rede esbarra nas dificuldades elencadas de hospedagem em países diferentes daqueles nos quais ocorrem violações. Acentuamos repetidamente que os limites nacionais e internacionais explícitos, com uma lista de direitos fundamentais deveriam ganhar um tratado internacional sobre o tema.

No entanto, há limites extrínsecos para o exercício da liberdade de expressão pela confrontação com outros direitos igualmente tutelados.

Os conteúdos na internet são os mais variados com filmes, fotografias, textos,

desenhos, mapas, notícias e críticas, além de prestação de serviço. Há *blogs* específicos que são feitos por professores, cientistas e pesquisadores, além de minorias religiosas e grupos dos mais variados. Mas, existem aqueles que os autores se escondem, ou seja, preferem o anonimato, às vezes com motivos justificados.

A falta de uma legislação em nível mundial, um tratado internacional é o principal problema. Para com esses atos abusivos feitos na rede, ainda falta uma resposta rápida do Judiciário, embora já haja condenações. A falta de punição é um dos principais motivos de a invasão da vida privada das pessoas seja tão comum nos dias atuais.

Portanto seria necessário o enrijecimento da legislação brasileira e também de um tratado internacional sobre o funcionamento da rede, para que a vida privada, tanto de famosos quanto de não famosos, não continuem sendo expostas a todos na *internet*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, José Francisco de. **Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade** <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em 17 de maio de 2015.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renova, 1999.

CASTRO FARINÃS, José Angel. **De la libertad de prensa**. Madrid: Fragua, 1971.

DELPECH, Horacio Fernández. **Internet: su problemática jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

FERREIRA FILHO, **Manoel Gonçalves**. Curso de Direito Constitucional. 24 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

FURTADO, Leandro Fernandes; MELO, Simone Mendes de. **Liberdade de expressão**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/liberdade.html>>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital**. Rio: Record, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Gulbenkian, 1988.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Trad. P. Dourado. Bogotá: Temis, 1976.

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. **Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais**.

Disponível em

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2009/Barbara%20Luiza%20Coutinho%20do%20Nascimento%20MONOGRAFIA%20EM%20WORLD.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

OLIVEIRA, João Gualberto de. **Liberdade de imprensa – no Brasil e na Suécia**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Expansão Comercial, 1956.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, organizadores. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade** 01. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

A LEGITIMIDADE DA MITIGAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PERANTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DE PESSOAS CÉLEBRES

Bruna Migliaccio SETTI⁸

Gabrielle dos Santos ROSA⁹

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo a análise dos direitos da personalidade – os quais se caracterizam pela similaridade com os direitos fundamentais, pois tutelam a dignidade humana - frente à liberdade de expressão. Sabe-se que, muitas vezes, há confrontos destes direitos, no tocante às pessoas públicas e não públicas. O foco da presente investigação consiste em pessoas que detêm notoriedade, com o sensacionalismo midiático, e são expostas regularmente de maneira desrespeitável. Como se sabe, os direitos da personalidade são indisponíveis, imprescritíveis, inapropriáveis e *erga omnes* (todos têm que respeitar), porém, o que pode acontecer muitas vezes é uma mitigação de tais, mas não a sua anulabilidade. Com a Constituição de 1988, os direitos da personalidade foram protegidos com embasamento na dignidade humana, e o rol de direitos fundamentais se ampliou, de modo a se assegurar o direito material e não mais só o substancial. Inseridos nos direitos de personalidade, se encontram o direito à imagem, privacidade, intimidade e honra, e com relação a pessoas notórias esses são violados com maior frequência. Muitos desses direitos são apropriados nos meios de comunicação e expostos de maneira que o núcleo essencial de proteção seja atingido. A liberdade de expressão e o direito à informação se confrontam muitas vezes com aqueles, pois, face à globalização, a facilidade ao acesso de informações e imagens é expandida. Contudo, ambos direitos são resguardados pelo nosso ordenamento, e um não pode ser excluído em face do outro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade – Liberdade de expressão – Pessoas notórias

ABSTRACT

The research has as its purpose the analysis of personal rights - which are characterized by the similarity with fundamental rights, inasmuch as it protects the human dignity - against the freedom of speech. It is known that, many times, there are clashes of those rights about public and non-public people. The principal focus of this research is about notoriety people, which are exposed by the media sensationalism, in a regularly disrespectful way. As it is known, personality rights are unavailable, imprescriptible, inappropriable and *erga omnes* (everyone needs to respect), and what can often happen is their mitigation, not their annulment. From the 1988 Constitution, the personality rights had become protected with basement in human dignity and the fundamental rights list were expanded, so as to ensure the material right and not only the substantial. The rights of image, privacy, intimacy and honor

⁸ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁹ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

are inserted into the personality rights, and they are more often violated when are relative to notorious people. Many of these rights are appropriate in the media and exposed by a way that the essential core protection is violated. Freedom of speech and the information right are often confronted with those, inasmuch as the globalization permits the easy access to information and images. However, both rights are safeguarded by our system, and they cannot be excluded by each other.

KEY-WORDS: Personal rights - Freedom of speech – Notorious people

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido tendo em vista que, devido ao advento da tecnologia e aumento desta no mercado, tornou-se ainda mais constante a violação da esfera de direitos fundamentais a qualquer pessoa, inclusive das que detêm notoriedade. Acompanha-se tudo em tempo real, e todos estão expostos por diversas vezes à captações e publicações indevidas. A mídia, ao exercer seu direito à informação, divulga assuntos que, em alguns casos, passam dos limites ideais e geram danos e ofensas. Porém, para resguardar os direitos da personalidade e liberdade de informação, há de se delimitar o núcleo essencial de cada um, de modo que, os conflitos que surgem desta oposição possam ter um norte interpretativo de maneira a minimizar a insegurança jurídica tipicamente gerada pela oposição de garantias constitucionais.

Visa-se apresentar uma análise dos direitos da personalidade humana frente à liberdade de expressão, direito também tutelado constitucionalmente. Classifica-se e conceitua-se o direito da personalidade com foco nos direitos das pessoas que detêm notoriedade pública, e a violação destes com base no nosso ordenamento.

Nesse contexto, o presente trabalho permite uma breve análise a respeito destes direitos, assim como suas possíveis colisões de caráter opostos, de maneira a ressaltar que cada caso deverá ser abordado em concreto em função de suas particularidades com a submissão destas a um processo de ponderação pelo qual, seja possível chegar a uma solução apropriada.

A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se ressaltar que os direitos fundamentais têm de ser garantidos, mesmo que em sua essência mínima, quando conflitado por outro direito de igual envergadura. Quando do eventual conflito entre liberdade de expressão e informação contra direitos da personalidade, deve-se respeitar os limites básicos de cada um, de forma a ressaltar que vivemos em um país democrático, onde não há censura e há livre manifestação de pensamento.

Ocorre que, porém, no caso de pessoas notórias, suas funções ou características

personais acabam detendo publicidade e curiosidade da população, como esportistas, políticos, artistas, sejam atuantes regionalmente, nacional ou internacionalmente. Aqueles possuem os mesmos direitos de personalidade do que as pessoas não públicas, como seus direitos à privacidade, intimidade, honra e imagens, os quais são constantemente violados frente à liberdade de expressão, em virtude da fama e exposição, de maneira que o núcleo essencial protegido acaba por ser atingido.

O pluralismo e a complexidade da sociedade moderna levam ao resguardo da Constituição valores e interesses variados, que eventualmente entram em choque. No confronto entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, não se observa qualquer hierarquia, por serem de igual índole, sem qualquer limitação, respeitando o princípio da unidade da Constituição. Todavia, poderá ocorrer conflito entre estes direitos, quando não respeitados em sua integridade, podendo, no caso da violação dos direitos personalíssimos, gerarem medidas corretivas, vindas da própria Constituição, além das esferas penal, civil e administrativa.

Correspondente a um valor fundamental do ser humano, os direitos personalíssimos, tutelados e sancionados pela Carta Magna, explanam a proteção de valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Dentro dos direitos da personalidade, frutos de um processo histórico e cultural, é que se terá a honra, imagem, e privacidade; em contrapartida, a liberdade de expressão.

122

DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

Na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X, tem-se que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, além de declarar que as mesmas são consideradas distintas separando-as, assegura o “direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Portanto, são direitos tutelados de forma expressa visando proteger as pessoas de atentados particulares. Na mesma vertente, temos a proteção à liberdade de expressão também no artigo 5º, porém no inciso IX, no qual: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Em razão dos direitos serem personalíssimos, eles são inalienáveis, ou seja, não podem ser adquiridos, não sendo possível a disponibilidade inteiramente deles, já que esse ato não tem eficácia jurídica. Além disso, são qualidades adquiridas com o nascimento e com exceção do direito de imagem e a honra, os outros desaparecem com a morte em sua

totalidade, pois os herdeiros não têm o poder de pleitear em memória do falecido.

Há muita divergência com relação às classificações dos direitos da personalidade e extensão desses direitos já que alguns consideram uma maior quantidade, e outros restringem o seu conteúdo. São dados enfoques por vários ângulos e por ser um assunto dinâmico e evolui constantemente pela sua similaridade à modernidade, existem diversas fundamentações e justificações, majoritárias ou não.

O foco será definido naqueles direitos que formam a base dos direitos da personalidade, quais sejam, o da privacidade, intimidade, honra e imagem. São a eles que a Constituição Federal faz menção em seu artigo 5º, inciso X, de maneira a protegê-los. A honra é direito inato e universal do homem, o qual visa proteger sua consciência e sentimento de dignidade. A imagem significa a exteriorização da pessoa e tudo que a difere da sociedade. Privacidade é explanada como o conteúdo da vida pessoal que merece discricção. Já o direito à intimidade é aquele que preserva o conhecimento alheio, pelo qual se reserva própria vivência. (2008, p.13)

Para Adriano de Cupis (2008, p.42), os direitos da personalidade se enquadram em direito à vida, à integridade física, às partes separadas do corpo, à liberdade, honra, respeito, cadáver, à identidade pessoal, ao título, ao sinal figurativo e o direito moral do autor.

Orlando Gomes (2010, s.p) divide esses direitos em duas categorias: a) da integridade física, onde se compacta o direito à vida, ao próprio corpo, ao cadáver; b) da integridade moral, o qual contempla o direito à honra, liberdade, imagem, segredo, ao nome e o direito moral do autor.

Para Antonio Chaves (1972, s.p) são subdivididos em: a) direitos da pessoa natural, os quais integram o direito à vida, integridade física, liberdade, direito de ação, e partes ao próprio corpo; b) direito da personalidade, quais sejam, a honra, nome, própria imagem, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de consciência, de religião, intimidade, segredo e direito moral do autor.

Embora alguns doutrinadores tratem direitos da personalidade como absolutos e ilimitados, direito algum detém essas características.

A privacidade do indivíduo, por exemplo, que faz parte desses direitos, contém limitações impostas tanto pela ordem pública, tanto por outros bens, onde se encontra situações as quais, mesmo sem o consentimento do titular do direito, haverá uma permissão a restringi-lo.

Dentre suas características, os direitos da personalidade são *a priori* também indisponíveis, contudo, excepcionalmente no que tange a direitos pontuais, há possibilidade

de disposição, o que a doutrina refere como indisponibilidade relativa. Exemplo é o direito à imagem, pois a partir de um contrato, existe a possibilidade do titular em lucrar com a mesma. Esses direitos, de modo geral são também imprescritíveis, ou seja, não se perdem com o uso, e oponíveis *erga omnes*, portanto todos têm que respeitá-los. O que ocorre, porém, são casos em que são mitigados em prol de outro direito de igual hierarquia, de maneira a não ser anulados, mas sim minorados.

É importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana está em primeiro plano e os direitos à privacidade, intimidade, imagem, honra de toda e qualquer pessoa devem ser garantidos. Pessoas que detêm publicidade têm os mesmos direitos das outras pessoas, mas de forma limitada pelas suas condições de serem mais expostas, porém isso não quer dizer que o mínimo a eles não sejam assegurados. Esses direitos são disponíveis até certo ponto, e não há como se dispor totalmente deles já que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, protegidos por cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos do nosso ordenamento de forma alguma, sendo indivíduos públicos ou não.

A interferência nos direitos da personalidade na esfera de pessoas comuns só pode ser admitida com um interesse legítimo da sociedade, se for por uma causa nobre relativa à função, e por caráter de informação, cultura entre outros casos específicos. No entanto, no caso de pessoas que detêm notoriedade, a mitigação é mais ampla, mesmo levando em conta a necessidade preservar um núcleo do direito destes indivíduos, para estes, a proteção a personalidade é reduzida perante o interesse geral da sociedade.

O pensamento científico tenta acompanhar as mudanças tecnológicas e avanços, e traçar uma base na doutrina sobre os seus pontos fundamentais. Muitos autores não intitulam direitos da personalidade, mas sim “direitos essenciais à pessoa”, “direitos fundamentais a pessoa”, “direitos à personalidade”. Para Carlos Alberto Bittar (2015, p.32) e a doutrina majoritária como Adriano de Cupis, Antonio Chaves, é preferível o termo “direitos da personalidade” pautando-se pelo ângulo do direito civil de modo geral.

Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade apresentam conteúdo similar, que vem para afirmar e tutelar a dignidade da pessoa humana. Os fundamentais, primeiramente, são reconhecidos como aqueles direitos que protegem o indivíduo contra a ação do Estado, no que diz respeito às liberdades públicas; já os direitos da personalidade, por sua vez, tutelam o indivíduo frente a outro particular, no âmbito das relações privadas. Na perspectiva do Direito Constitucional, estes, a partir do momento que vão se regulamentando no ordenamento positivo, são chamados de direitos fundamentais, porém há óbices quanto a isto, pois, conforme isso acontece, ocorre também à colisão de direitos, e é necessária a

interpretação destes para a solução dos casos.

Quanto aos direitos humanos que estão acima do direito positivo, estes são inerentes à natureza humana e encontra-se em patamar superior, estando acima do próprio estado, pois encontra raiz no direito natural. Contudo, vivemos em uma época de alargamento dos direitos, assim, os direitos humanos em determinados momentos são positivados de maneira a inclui-se no plano dos direitos fundamentais, retirados do direito natural, de forma a positivar os resultando a evolução da sociedade nos tempos atuais.

Essa expansão colabora também para relativizar essa questão de classificação, o que é muito divergente no ordenamento, pois autores entendem diferentes conceitos, e como não existe um rol imutável, especificar esses direitos não são suficientes, pois estabelecer liberdades negativas e positivas do momento não significa que se estabelecerá assim por período ilimitado. Essa matéria é uma questão interna de cada país, devendo ser positivada de acordo com as normas que identificarão os direitos que devam ser reconhecidos.

Os princípios de modo geral, e principalmente a dignidade da pessoa humana, pautada nas transformações que o Novo Código Civil trouxe, colabora para não haver divisões e interpretação do direito e de termos como um sistema de forças, embora didaticamente seja muito útil, pois existem limites e restrições. Em uma visão mais moderna, esses princípios atravessam o ordenamento não importando a ordem privada ou pública, mas sim o direito, pois o que nos interessa é a plena realização deste em suas diversas manifestações. Assim, a unificação toma lugar e surge-se a idéia da “Constitucionalização do Direito Civil”.

A eficácia dos direitos fundamentais torna o direito fundamental possível de recair sobre relações privadas. Da mesma forma, os interesses privados cada vez mais são recaídos por necessidades públicas, e mais frequentemente são influenciados com cláusulas abertas como a dignidade da pessoa humana, se contrapondo nos temas mais tradicionais.

Como nenhum direito sobressai ao outro, pois os níveis hierárquicos são iguais, no caso concreto cada situação deve ser balanceada para a solução melhor possível. No que tange à divulgação de imagens e informações de pessoas públicas, presume-se tacitamente que eles saibam dessa característica devido a sua publicidade, por exemplo, quando, determinada pessoa pública é divulgada amplamente em jornais, revistas sem mesmo a sua autorização, como aquele artista que apresentou uma peça, um esportista que participou da luta. O dano real continua sendo tutelado e os direitos mínimos assegurados, já que qualquer lesão pode ser protegida e sancionada. Afinal, como preceitua Szaniawski (2005, p.292): “Não existe a princípio conflito algum entre proteção de vida privada e liberdade de manifestação de pensamento, o problema está em se buscar limitação de ambos os direitos.”

DIREITOS DA PERSONALIDADE DE PESSOAS PÚBLICAS E NOTÓRIAS E SEUS LIMITES

Pessoa pública é definida pelo autor Alcides Leopoldo e Silva Junior como:

“Aquele que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou exerce cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado, ainda que para entretenimento ou lazer, mesmo que sem objetivo de lucro ou com caráter eminentemente social, como são, por exemplo, os políticos, artistas, modelos e outras pessoas notórias. (p.89, 2002)

O que faz a pessoa ser considerada pública é sua exposição perante a mídia e pessoas e ser reconhecida por grande parte de pessoas. É importante ressaltar que se faz isso voluntariamente. Se for exposta de forma que não concorde, não pode ser considerada uma pessoa pública, é preciso que ela tenha consciência disso. Pode-se usar como exemplos: políticos, jogadores, modelos, entre outros. Aqui, o termo pessoa pública, célebre, notória, serão utilizados como sinônimos.

Desse modo, algumas pessoas, em razão da posição em que estão, ou por suas características pessoais, acabam despertando curiosidade da população (esportistas, políticos, artistas), de modo nacional ou internacional.

Para essas pessoas, as quais se tornam dotadas de notoriedade, os mesmos direitos que se aplicam aos outros, como a privacidade, intimidade, honra, e imagem, possuem sua aplicação abrandada, em especial quando negociam esses seus direitos com fins lucrativos. Por óbvio, são mais suscetíveis às violações, mas isso não significa que as pessoas que são notórias não precisam de proteção.

Segundo Szaniawski:

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; Consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens” (1993,p.35).

A pessoa privada, ao contrário da pública, não detêm de fama ou notoriedade. Com relação às primeiras, a proteção ao direito de personalidade poderá ser mitigado em casos que se justifiquem um interesse legítimo, sendo esses casos exceção, como, por exemplo, um empresário usar do dinheiro que possui para subornar empresas governamentais, porém se

não houver algo relacionado ao ínfimo interesse coletivo em prol do individual não há motivo para especulação. Aqui o interesse público, é acima do interesse privado.

Quanto às pessoas públicas, estas, em geral, deliberadamente dispuseram em parte de seu direito, com o qual inclusive aferem renda na maioria das vezes, e por isso, se a exposição da imagem destas não gerar dano comprovado, não há de se falar em dano moral, sendo, portanto, uma clara excepcionalidade a norma constitucional que desvincula a comprovação em caso de violação desses direitos.

Para a pessoa pública, não há como se falar em dano presumido, pois a exposição de sua imagem gera-lhe ganhos, seja através de pecúnia ou fama, e o mero aborrecimento não se encaixa neste tipo de tutela, cabendo ao judiciário arbitrar dentro do caso concreto se a situação fática realmente lesionou o direito ou foi um simples desconforto corriqueiro ou mero aborrecimento.

Nesse sentido, o judiciário se manifesta como no caso da tentativa de proibição das biografias não autorizadas ou de alguns tipos de publicações. As biografias em questão podem conter aspectos históricos e culturais, porém, pela ausência do consentimento de herdeiros ou do próprio biografado, abrem margem para debate.

Sobre o assunto, no dia 10 de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria, que a autorização prévia para esse tipo de publicação não seria mais necessária, sendo elas publicadas em livros, filmes, novelas, etc. O consentimento, desse modo, não é mais válido; nem da pessoa retratada, nem de seus familiares. Neste ponto prevaleceu a liberdade de expressão e a mitigação dos direitos da personalidade, já que por motivos culturais e históricos, muitas vezes uma pessoa é retratada e sua história deixava de ser divulgada.

Com uma proteção mínima abordada ao núcleo essencial desses direitos, a audiência pública ainda deixou claro que fatos não verdadeiros, ofensas reais à imagem, podem sim levar à reparação e indenização, assim quando pleiteadas pelo Judiciário, podendo até em situações extremas retirar o livro de circulação.

Porém, os excessos, nesse caso em questão, foram considerados, estabelecendo uma margem razoável no confronto dos direitos, sendo que os abusos poderão ser contornados. Desse modo, o individual foi sacrificado em prol da coletividade, e para não suprimir a informação e dar liberdade de expressão artística, científica, literária, jornalística e principalmente em memória à história nacional, foi autorizado a publicação desde que se os direitos em seu cerne.

Luiz Fux inclusive foi ao encontro da mitigação dos direitos da personalidade em

pessoas públicas quando explanou que quanto “maior a notoriedade de uma pessoa, menor sua privacidade”, e isso ocorre não só com a privacidade mas com os outros direitos em questão. Ainda no mesmo julgamento, Lewandoski afirmou que: “não existem direitos ou liberdade absolutos, não sendo a proposta feita para atender curiosidade alheia e sim ressaltar um gênero literário que forma a história” (ADI Nº 4815, BRASÍLIA/DF, BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. Min. Rel. Carmen Lucia).

Ressalta-se ainda, que para estes tipos de publicações não é permitido à apoderação de dados e imagens, documentos não divulgados, apenas a visão de uma pessoa sobre a outra, sendo desnecessário como já citado autorização em casos de pessoas públicas e notórias, e fatos de interesse público, impedindo assim a manipulação da própria pessoa sobre sua história. Desse modo, inverdades são diminuídas, de maneira a deixar a mídia, dentro de certo limite, também ressaltar informações relevantes. Afinal, publicações que não gerem violações ou faça usos indevidos não teriam motivos para não serem expostas, principalmente nos casos de figuras públicas, sejam de políticos, cantores e outros que nos remetem a um passado cultural.

O Código Civil, dos artigos 11 a 21, ressalta os direitos de personalidade, de maneira a considerá-los absolutos, em rol taxativo. A própria noção de pessoa subentende-se esses direitos, já que o princípio basilar é da dignidade humana. E a simples tutela no ordenamento jurídico não é totalmente efetiva e não alcança todos os casos concretos abordados diariamente pela mídia nesse quesito, como podemos perceber, necessitando de uma interpretação à luz da Constituição para suprir lacunas.

Em conflito temos a liberdade de informação (art. 5º, IV, IX e XIV da CF) e a tutela dos direitos da personalidade (art. 5º, V e X da CF). Para resolução deste entrave é preciso interpretar os princípios norteadores destes dispositivos da Constituição, ponderando os valores neles contidos.

A liberdade de expressão é direito também assegurado constitucionalmente, e deve prevalecer quando não há desvio de finalidade, cause ofensas, e só é admitido em interesse legítimo da sociedade, por uma causa nobre relativa à função, e por caráter de informação.

Para Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 85), as limitações, ou também chamadas de mitigações, no entanto, deverão ocorrer em casos em que seria legítimo sacrificar um direito individual em prol de um coletivo, com consequência de toda a sociedade ser sacrificada, mantendo o valor preponderante. Essas são razões do estado, plenamente justificáveis o que permite a limitação e impedem o aproveitamento do direito da personalidade.

Um dos típicos casos é o de segurança nacional: se os direitos da personalidade em

alguns casos não forem violados, em certos casos pode-se causar um prejuízo ainda maior à sociedade. Nesse diapasão, o perigo a manutenção da sociedade é justificado que em prol de todos, assim é aceitável que um indivíduo tenha esse bem sacrificado com esse motivo. Mesmo a captação ou manipulação de arquivos fotográficos se tiver relacionado com a área da justiça, para segurança, não poderá o indivíduo que teve esse direito violado pleitear oposição, ainda que feito por pessoas desautorizadas.

É o que ocorre em inquéritos criminais ou qualquer gênero de atividade investigatória do Estado. A fotografia tirada por policiais ou para identificação do criminoso não viola o bem imagem. A questão de procurados pela polícia também se enquadra nesses exemplos, porém, em caso de cessar o problema, a exposição da imagem deve ser também cessada, sob pena de indenização. Pode-se encontrar exemplo dessa proteção constitucional ao lado da mitigação quando no artigo 5º, LVIII diz que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei”.

Outro limite a ser abordado é o da saúde pública. Se o retrato do indivíduo for em prol da saúde coletiva - para prevenir doenças, notificar fatos de algo grave e de fácil transmissão - não pode o indivíduo se opor aos órgãos de saúde pública noticiarem o fato.

A história também mitiga os direitos personalíssimos, pois algumas pessoas pela posição exercida acabam ressaltando um papel primordial na história seja do nosso país ou do mundo. Inegável o fato que, por este motivo, justo que se tenha a mitigação desses direitos, embora nesse quesito existam muitas polêmicas a respeito como a já citada questão das biografias de famosos, que não precisam de autorização para serem publicadas. Por isso, mesmo em vida, não podem se opor a narrativas históricas em que são retratadas se isso tiver alguma importância histórica.

É um exemplo do caso, o Presidente da República, que faz parte da história e é estudado nas escolas. No entanto, esse pretexto não pode ser usado para veicular informações que lhe causem danos, se houver abusos por parte de quem escreveu o livro, como fatos inverídicos ou ofensas à imagem dessas pessoas poderão ser reparados.

Esse é o sentido da mitigação, já que se uma pessoa comum tivesse uma biografia publicada, poderia pleitear essa indenização, visto que não houve autorização. Já nos casos de famosos, há uma diminuição no direito, não significando que ele seja perdido. Segue o mesmo exemplo o caso de uma estátua de algum sujeito importante a ser construída. Dependendo do fato e do lugar, não há objeção quanto a isso e o fato da pessoa ser ilustre excluiria qualquer tipo de autorização da própria pessoa e seus familiares. Em suma, a autorização é tácita, pois pela exposição há certa disposição nos direitos, e não há o que

pleitear.

No mesmo sentido, se um artista renomado, um cantor famoso, vai à padaria comprar um pão e é noticiado, tal notícia, não lesando sua imagem, não há como ser pleiteada em danos, pois a partir do momento que saiu na rua, tendo ciência que é famoso, sabe que poderá ser visto, já que se está a todo momento exposto à terceiros. O inverso acontece com alguém que não tem notoriedade e é individualizado e noticiado indo a algum lugar, podendo pleitear que se retire a notícia se não houver interesse público envolvido, pois a sua imagem está sendo violada e exposta.

O interesse das notícias em diversas pessoas é que o fato de serem pessoas notórias apresentam direitos automaticamente mitigados. A personalidade desses seres notórios acaba projetando a personalidade deles além de sua individualidade, de modo a despertar o interesse – natural – da comunidade (BITTAR, 2015, p.88).

Os jornais, televisões, e a mídia noticiam diariamente pessoas, e são desses veículos que pessoas públicas fazem parte. Não há como se impor a uma notícia, por exemplo, se for o jogador de futebol que fez um gol no campeonato esperado, ou não deixar que se divulguem fotos desta partida, o mesmo se eventualmente for publicada uma imagem que não lese em nada a sua vida, apenas aguçando a curiosidade sobre ele.

O problema a ser retratado é que nem sempre a notícia está veiculada ao acontecimento específico, ou a fatos que nada mudam na carreira da pessoa. A publicação que acarretar dano há de ter umnexo, um legítimo direito, pois os direitos das pessoas públicas são mitigados, mas até certo limite de exposição. Quando isso atinge seus direitos da personalidade de modo que o mínimo exigido seja lesado, acaba por ser uma publicação indevida, e a fonte midiática não pode lucrar com o dano de outrem por ele ser público. Em casos de pessoas “comuns” o nexotem que estar presente sempre, não há mitigações e muito menos motivos para a exposição a não ser por motivos razoáveis, que são a exceção.

Um assunto muito polemizado, inclusive no campo de pessoas que não detém notoriedade, trata-se daquele sobre quem acompanha as que possuem. Neste caso, por pessoas que não dividem a fama, esta ciente de que pessoas famosas chamam uma maior atenção, e por aceitarem mesmo assim estar com elas, passam a ter a mitigação de seu direito de imagem também, sendo uma das excepcionalidades, se eventualmente forem fotografados juntos, ou noticiados por algum motivo, por exemplo. No entanto, a partir do momento que houver também lesão ao direito que mesmo reduzidos, existem, o indivíduo tem a opção de pleitear a reparação.

Uma pessoa pública pode em geral ser fotografada em determinado local e não se

opor a esse fato, a não ser que isso cause um verdadeiro dano em sua vida, ou ser algo inverídico, malicioso etc. Ainda sobre esse assunto há dúvidas em questão se, uma pessoa não conhecida estar em lugar público e ser fotografada, por exemplo, fazendo parte da notícia, como o “público” do local(figura-fundo), sem mesmo acompanhar uma pessoa notória, o que aconteceria.

A verdade é que as pessoas comuns não sofrem mitigações da imagem como as famosas de modo geral, porém há casos pontuais em que isso é levado em conta para não haver uma censura na mídia, e a democracia mais se parecer com um sistema ditatorial. Nesses típicos casos ocorre também uma certa mitigação, a diferença é que são em casos peculiares e não a todo momento, pois a exposição sobre elas não existe. Sendo assim quando passa a integrar uma foto não sendo o centro da notícia, aparecendo apenas no meio da multidão ou circunstancialmente (mero figurante), não pode pleitear indenização, mesmo que vá contra essa publicação. A autorização neste caso é implícita.

Há grandes divergências nesse caso no fato que se mesmo que causasse dano, não haveria a possibilidade de indenização. Por óbvio, se houvesse desvio de finalidade e divulgação além do razoável haveria possibilidade da proteção dos seus direitos, mesmo em caso de mitigação, caso contrário não há dano.

O que diferencia no caso a mitigação de pessoas notórias de pessoas comuns, é que se mesmo que individualizado um artista fosse fotografado jantando com sua família, por isso não causar dano ao mesmo, não poderia se opor. O mesmo não ocorre com pessoas comuns que se caso individualizadas, poderiam se opor caso houvesse lesão. Assim, por um equilíbrio no ordenamento jurídico, escolheu-se permitir a possibilidade da mídia retratar essas pessoas quando inserida em um contexto sem individualizá-las, não dando enfoque a ela, mantendo o direito a informação.

Por exemplo, é o que ocorre em matérias culturais. Demonstrações do clima, hábitos de cultura da região, alimentação, ou modos que se vive a região, todas essas informações culturais são protegidas pelo artigo 220 da Constituição Federal limitando os direitos da personalidade, ressaltando como os outros casos a finalidade da notícia. Essas questões suscitadas não precisam de autorização do indivíduo mesmo que comum e não demonstram qualquer prejuízo a eles em regra, não cabendo à reparação de danos.

De um modo geral a doutrina entra em consenso quando aborda esses casos, onde pessoas comuns teriam mitigações em fatos pontuais. Com as pessoas notórias, ocorre uma expansão destes, como já citado. Para Carlos Alberto Bittar (ARAÚJO, 2013, p.90), os casos seriam muito amplos já para pessoas comuns, precisando que seja feito uma restrição nesses

casos de limitações, como por exemplo estar ligado somente ao caráter noticioso da publicação como de sua utilização econômica.

Quando a Constituição Federal coloca os direitos da personalidade protegidos, no decorrer de um caso concreto, vários aspectos terão de serem analisados, como os objetivos e os subjetivos. Embora pessoas célebres possuam uma mitigação de seus direitos, no caso de, por exemplo, se uma determinada celebridade estivesse desfilando em um carnaval com aspecto de nudez e isso fosse divulgado em cunho jornalístico, o mesmo não aconteceria se fossem publicadas imagens de nudez em sua própria casa. Embora tenha direitos reduzidos, é uma pessoa, e tem o direito de manter sua vida nos aspectos íntimos, longe de publicidade, neste caso.

A maior mitigação ocorre mesmo nas pessoas que detêm notoriedade no sentido de que no âmbito de sua atividade profissional as pessoas podem usar sua imagem direta ou indiretamente, para noticiá-los, e quando não estiverem exercendo sua função as fotografias podem ser captadas ou reproduzidas, quando estiverem em público, mas o respeito sobre a mesma deve ser mantida no quesito de que continuam a ter sua privacidade, honra, intimidade necessária, e o resguardo de sua imagem.

Pode ocorrer o chamado uso indevido desses direitos no caso de autorizar externar o direito para determinada ocasião, ou ainda, somente para determinado uso, e ocorrer abusos, como por exemplo, o caso em que uma imagem é colocada em determinado contexto que não o original. Ocorrendo com frequência, já que é comum vivenciar-se em programas de televisão ou jornais que usam de determinada pose ou gesto de políticos, celebridades para encaixar em outra legenda, reportagem ou enquadrando em situação que convém. Situação semelhante acontece no caso de pessoas notórias em situações de morte, intimidade em sua própria casa, e situações semelhantes em que optam por não se expor e muitas vezes passam por situações invasivas.

O consentimento em questão desses direitos de modo geral, tira qualquer prejuízo ou indenização, não precisando ser expresso e bastando a presunção. Uma modelo sendo fotografada por fotógrafos profissionais com outras colegas de profissão não pode se contrariar a divulgação de fotos, desde que respeitem o contrato e não seja para fins indevidos retirando sua dignidade e usando de forma constrangedora. Porém se o direito da imagem ou qualquer outro é violado com fim malicioso ou contra a vontade do interessado há violação.

O fato de ser um assunto noticioso não justifica fotografar alguém em motivos íntimos com seu companheiro, mesmo que em lugar público e divulgar, maliciando as

informações, editando fotos e vídeos etc. É o caso da artista Daniela Cicarelli, que apesar de ter seu direito mitigado, foi fotografada em momentos íntimos, e pelo motivo de um sensacionalismo em virtude desse fato, ganhou o direito ter removidos os vídeos e fotos.

No presente ação, a modelo Daniella Cicarelli, pessoa notória, e seu namorado foram flagrados por um “paparazzi” na Espanha em momentos íntimos na praia. Ambos, tentando tirar o vídeo de circulação, ingressaram com ação judicial, no Brasil, contra alguns portais eletrônicos que estavam disponibilizando gratuitamente o arquivo digital para seus usuários, como a Globo, Youtube, etc. Em primeira instância foram julgados improcedente a ação proposta, já que por ser pessoa notória tem o direito mitigado e as fotos foram feitas em lugar público e que durante o ato não houve demonstração de constrangimento. (23ª Vara Cível de São Paulo. 1ª instância. Ação inibitória. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos, JULGADOR: Exmo. *Gustavo Santini Teodoro*)

Após apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), analisando um recurso do casal, concedeu medida liminar (antecipação de tutela) para proibir a divulgação do vídeo com o seguinte fundamento:

“É importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na internet e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público.” (APEL.Nº 556.090.4/4-00 - SÃO PAULO – 13167. p.3)

A resposta do recurso foi que prevaleceria a liberdade de expressão, e em 2012, a sentença foi favorável ao Youtube e demais réus com o fundamento de que “assumiram o risco quando escolheram um local público para seus momentos íntimos, não resguardando assim seus direitos de imagem e intimidade”.

Neste caso, Cicarelli foi capturada na praia por um paparazzi a longas distâncias, sendo que “o filme foi editado, recheado de frases picantes e lançado no site Youtube, e demais sites, que permite o compartilhamento de vídeos em escala mundial. Tornou-se rapidamente, um dos mais acessados pelo público brasileiro (Schreiber, 2013, p.126). Embora as pessoas notórias tenham a mitigação de seu direito, e por estar em público assumiu o risco, a divulgação foi encarada como uma sanção à conduta reprovável da modelo, e acabou por penaliza-la.

Como ainda realça Anderson Schreiber:

“A dura reação da sociedade civil parece ter desconsiderado ainda um outro aspecto: o peso desempenhado pela tecnologia na captação da imagem. Uma análise fria do vídeo revela que os frequentadores da praia parecem não perceber a troca de intimidades entre Daniela e seu namorado. Reforça-se a suspeita de que a coisa toda aconteceu de modo bem mais discreto que sugere o filme, editado eletronicamente por um profissional, com clareamentos e aprimoramentos que permitem enxergar na tela detalhes invisíveis a olho nu”(2013, p.127)

Deste modo, a liberdade de expressão pelo lugar em que se deu o ato(já que por estar em lugar público automaticamente autorizou a captação de imagens) e por sua condição notória, prevaleceu, pois não houve captação indevida já que eles não estavam no aconchego de seu lar e foram filmados, e sim em outro local, qual seja uma praia. Porém, houve violação ao seu núcleo essencial de direitos no sentido de que juntamente com a captação da imagem, ocorreu a edição do vídeo por má-fé, caracterizando a violação, e mesmo que aparentemente não houvesse constrangimento como citado na decisão, o mínimo deveria ser assegurado, já que foi gravado e manipulado para causar dano à mesma.

Casos que lesem diretamente os direitos pessoais, danos mascarados de informações tem de ser punidos, pois na harmonização de normas em um conflito de direitos fundamentais, um tem que prevalecer porém não deve ocorrer anulação de outro.

Se não houvesse a proteção do núcleo essencial desses direitos fundamentais, a liberdade de expressão e informação incidiriam sempre acima dos direitos da personalidade, e o fato de pessoas serem notórias iriam fadá-las a uma vida sem qualquer tipo de privacidade e espaço, e o inverso poderia também ocorrer.

Pessoas notórias ou públicas aceitam tacitamente a divulgação da imagem muitas vezes quando estão na frente de uma câmera e acenam, quando estão em lugares públicos, quando fazem uma peça de teatro ou participam de um evento. Porém isso não significa que sempre e em qualquer situação mesmo estando nessas condições poderão ter sua imagem noticiada sem haver limites. Sabemos que sua condição de fama acaba por expor as mesmas diante de várias situações que ocorreria mais dificilmente com um particular, por não obter notoriedade. Mas não significa também que um indivíduo “comum” não possa ter a imagem violada, já que existem diversos modos disso ocorrer, sendo os que compartilham da fama apenas mais frábil a esses atos.

A vida exterior das pessoas, principalmente as notórias pode ser amplamente divulgada e pesquisada, mas a vida interior deve ser mantida, a fim de não gerar transtornos, humilhações e constrangimentos. Muitas vezes a informação é distorcida, e ao ser divulgada

não mantém vínculo com a realidade, havendo um caráter sensacionalista, sendo assim independente do meio, e de quem, esse é obrigado a reparar o dano causado, pois esse é um abuso de direito. Sem ofender e respeitando a vida dessas pessoas, os veículos que divulgam informações que tem embasamento no interesse social não atingem núcleos indesejados.

Mesmo quando há autorização de divulgação, se houver uma extrapolação e invasão, ou desvio de finalidade e conduta será ilícita – com algumas exceções, como já citado - mas em ambiente público, segue a regra geral de que o mínimo de dignidade humana deve ser preservado. Assim fora de sua privacidade e intimidade pessoas publicas não podem especuladas além do que a própria figura já proporciona.

Embora uma pessoa pública, principalmente as que dependam de exposição e reputação para sua vida profissional, seja usada muitas vezes como veiculação de notícias e objeto das mesmas, quando usada como meio ilícito de informação pode sentir-se ofendida, tanto em sua privacidade, quanto seus outros direitos de personalidade e isso gerar consequências negativas para sua carreira e sua vida.

É importante enfatizar, que sempre que se divulga uma notícia, ou imagem de uma pessoa pública, não há ofensa por esse simples ato, pois ela é uma pessoa notória como já se ressaltou, presume-se tacitamente que ela concorda com isso, o pensamento defendido é que é necessários impor respeito e limites expostos por essa situação, isso é licito desde que não cause injúria, difamação, calúnia, ou que gere um dano, já que o âmbito dos seus direitos será reduzido de forma sensível.

Geralmente essas divulgações ocorrem de forma dolosa, ou seja, isso é intencional, gerando ofensas a pessoas que obtêm fama. Há mitigação pelo fato de muitas vezes perderem em parte estes direitos, porém não perdem o direito de tutelar por eles. Os políticos, por serem notórios e pela função que ocupam, são pessoas públicas, por exemplo. Eles administram a coisa pública, e falam em nome do povo o que justifica democraticamente sabermos dos atos dos mesmos, e isso é diferente de usar a intimidade deles e deturpar sua imagem. Quer-se saber as intimidades ou deturpar sua imagem. A crítica a eles, no caso, ou de atos do poder público não são considerados abusos de liberdades desde que respeitemos sua dignidade de acordo a preservá-los com informações de familiares, domicílio e afins.

Há todo um sensacionalismo e uma mídia que usa inúmeros meios para atingir lucro e polêmica, muitas vezes. E notícias ofensivas e invasivas são mascaradas como informações, quando desnecessárias. É preciso, porém um equilíbrio entre princípios para assim termos a liberdade de expressão sem a anulação dos direitos da personalidade.

As liberdades de expressão, de informação como já vimos, se colidem com direitos

que não podemos excluir da pessoa humana. Com a globalização e com constantes tecnologias fica frequente a divulgação de informações como já abordado anteriormente. Porém os dois direitos são resguardados pelo nosso ordenamento, e não pode haver a anulação de nenhum.

A doutrina majoritária se manifesta da seguinte forma sobre o assunto:

É preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação ou manifestação que se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo. O papel institucional reservado à atividade de comunicação não se compadece com o sensacionalismo, a notícia veiculada com o fim precípua de causar escândalo e dele se tirar proveito, nada mais senão do que um verdadeiro abuso do direito de informar. (GODOY, 2008, p. 60).

A Constituição Federal proíbe a censura, isso que dizer que somos livres a manifestar nosso pensamento e divulgar informações, tanto politicamente, ideologicamente ou artístico desde que essas sejam concernentes aos direitos fundamentais. Muitas vezes, o direito de “ser livre” se confunde com violação de direitos, divulgação de notícias falsas, com o âmbito de publicar, fomentar e gerar comentários.

Esquece-se que essas pessoas, mesmo com a fama, dedicação a carreira pública, por vontade, ou mero acaso, são pessoas humanas e exigem respeito. Têm suas intimidades, motivos de doença, acontecimentos externos à vontade, e em razão de sua notoriedade e de críticas, ou seja, faz-se delas um ícone, de maneira a confundi-los com meros objetos, pessoas imortais, sem sentimentos ou “à prova de tudo”. Ao operador do direito e ao legislador não cabe delimitar os direitos, e sim defender e proteger o cidadão da invasão midiática.

CONCLUSÃO

A tutela dos direitos da personalidade em conflito com os direitos de liberdade de expressão gera polêmica e tem margens a críticas. Como não se pode falar em anulação de nenhum dos direitos citados, baseado na proporcionalidade e razoabilidade, quando houver um confronto um deles terá de ser mitigado, pois não é admitida a disposição de nenhum deles. Mesmo quando ocorrer a minoração, é importante ressaltar que a base de cada direito, ou seja, o seu núcleo, deverá ser mantido já que, são importantes direitos fundamentais, formando a base do ordenamento jurídico.

Dentre os casos de mitigação dos direitos da personalidade de uma pessoa já citados -

quais sejam, o interesse público, aspecto cultural, saúde pública, segurança nacional - existem também o caso de pessoas notórias, já que quando obtém fama, seus direitos são minorados, pois chamam maior atenção e se utilizam deste aparato muitas vezes, para sua própria manutenção, atraindo interesse do público em geral. Contudo, fato é que a pessoa pública tem seus direitos relativizados, mas não suprimidos. Meros aborrecimentos, e situações corriqueiras oriundas de suas próprias características não são capazes de tornarem-se prejuízos e danos. E enquanto a pessoa comum em regra não precisa provar o dano, a mitigação de pessoas notórias faz com que elas precisem de provas concretas para poder haver reparação. Deste modo, a liberdade de expressão que é também um direito tutelado, não torna-se absoluto, afinal não pode ocorrer desvio de finalidade e desvirtuar de outros direitos, ainda mais, daqueles inerentes ao homem. Com isso, os princípios devem ser levados em consideração, e a partir deles, deve buscar-se o que mais é relevante no conflito de direitos.

A ponderação e a razoabilidade sempre pressupõem um balanceamento entre normas e conflitos que apontam em direções distintas. Os preceitos constitucionais podem ser restringidos pelo legislador desde que cause divergência com outro constitucional, porém é necessária uma avaliação de cada caso, usando destes princípios principalmente, de maneira a colocar devidamente o peso e importância no caso concreto.

A disponibilidade de qualquer um desses direitos de forma integral não é possível. Com relação aos direitos da personalidade, inclusive, dispondo de parte dele é que muitos obtém *status* e faturam dinheiro. Assim, plenamente possível à autonomia privada e a disponibilidade apenas relativa deles. No entanto, nesses casos, o abuso da mídia e extrapolação de contratos também deve ser protegidos, já que não deve haver aproveitamento da liberdade de expressão por haver minoração, e através do sensacionalismo gerar penalização à alguém notório.

Ademais, o direito de informação é de informar e ser informado, e em um Estado Democrático de Direito, não há de se falar em censura, e sim, no direito de todos receberem informações necessárias e verdadeiras, livre de manipulações. E embora frequentemente se observe a extrapolação de limites dos direitos da personalidade, em colisão entre estes (sejam esses de pessoas públicas ou não) e a liberdade de expressão.

A extrapolação ao limite do direito de informação ocorre quando o necessário é atingido e transcende-se do interesse público, legítimo da coletividade, e da correta veiculação do fato, para fins impróprios. Por isso, a proteção dos direitos da personalidade deve ser resguardada, inclusive daqueles que detêm notoriedade.

Importante ressaltar que todos os dispositivos, e não mais importante, os que se referem tanto à liberdade de expressão como aos direitos da personalidade terão que ser sempre interpretados à luz da Constituição Federal de 1988, sendo os princípios constitucionais fundamentais (principalmente o da dignidade da pessoa humana) os verdadeiros norteadores para a solução do caso.

Por fim, observou-se que a liberdade de informação e de imprensa são sim direitos tutelados, mas não absolutos, pois eles não podem se desvirtuar dos outros direitos, principalmente daqueles inerentes ao homem já que ambos são resguardados pela Constituição. No caso de abuso de direitos, o judiciário deve decidir de modo a limitar o excesso.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem. Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto com Jurisprudências do Superior Tribunal De Justiça Comentada pelo autor.** 2ª ed. São Paulo: Verbatim. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade.** In: Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro: Padma.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco . **A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas.** In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.* 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, v. , p. 301-357.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7ª Edição / Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar – Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2015

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2ª edição. São Paulo . Saraiva. 2007.

BREGA, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Conteúdo Jurídico das Expressões. 1ª edição, 2002. Editora Juarez de Oliveira LTDA. São Paulo-SP.

CABRAL, Marcelo Malizia. **“A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação.”** in . *Direitos da Personalidade.* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz ; MIRANDA, Jorge ; FRUET, Gustavo Bonato . São Paulo: . 1. ed. Atlas, 2012. v. 1.

CHAVES, Antonio. **Direito à própria Imagem**. *Revista de informação legislativa*, v. 9, n. 34, p. 23-42, abr./jun. 1972 | Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 67, p. 45-75, 1972. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180562/000344882.pdf?sequence=1>> . Acesso em 15 de abril de 2015.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo. Editora Quorum, 2008.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

FRUET, Gustavo Bonato. “**Direito à informação: limites entre informação, comunicação e democracia**.” in . *Direitos da Personalidade*. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz ; MIRANDA, Jorge ; FRUET, Gustavo Bonato . São Paulo: . 1. ed. Atlas, 2012. v. 1.

GALINDO, Bruno.. **Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade**. *Revista Forense* (216) 5-10.

MAZUR, Maurício. “**A Dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais**” in . *Direitos da Personalidade*. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.) ; MIRANDA, Jorge (Org.) ; FRUET, Gustavo Bonato (Org.) . São Paulo: . 1. ed. Atlas, 2012. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COÊLHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de Direito e os direitos da personalidade**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 532, São Paulo: RT, 1980.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del

Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2012. v. 01. p. 192.

SILVA JUNIOR, Leopoldo, Alcides. Oliveira, Juarez de. **A Pessoa Pública e o seu Direito de Imagem**– São Paulo- SP, Editora Juarez de Oliveira ,2002, 1ª Ed.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - RT, 2005. v. 1. p.575

VIEIRA, J. R. . **Direitos à intimidade e à vida privada - Laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 284.

Legislações e documentos

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição (1988)*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo 472.738-4 da 4a. Câ. Dir. Privado do TJSP - Invasão de privacidade e exploração indevida de imagem – Caso Cicarelli. Relator: Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf. Acesso em 29-06-2015>.

ADI Nº 4815, BRASÍLIA/DF, BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. RELATORA CARMEN LUCIA. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> Acesso em 30-06-2015.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM EM RAZÃO DA SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA: UMA BREVE ANÁLISE CONSTITUCIONAL, LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Gilberto Notário LIGERO¹⁰

Matheus Raphael Ramsdorf COSTA¹¹

RESUMO

O uso da imagem nos meios de comunicação, a saber, nas mídias escrita, televisiva e eletrônica, entre outros meios acabou por gerar uma nova modalidade de conflitos jurídicos, ou seja, aqueles ligados ao direito à imagem. Em razão disso, tornou-se importante averiguar a natureza jurídica do direito à imagem, o seu conteúdo e o modo como tal direito é tratado dentro do sistema de garantias constitucionais e pela legislação infraconstitucional, assim como analisar a jurisprudência que envolve a proteção daqueles que dessas ofensas são vítimas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de personalidade. Direito à imagem. Meios de comunicação. Proteção constitucional e legal.

141

ABSTRACT

The use of the image in the media, namely in the written media, television and electronics, among other means ended up generating a new type of legal conflicts, namely those linked to image rights. As a result, it has become important to ascertain the legal nature of the right in the image, its contents and how this right is dealt with within the constitutional guarantees and the infra-constitutional legislation system and analyze the case law involving the protection of those who these offenses are victims.

KEYWORDS: Personality rights. Image rights. Media. Constitutional and legal protection.

INTRODUÇÃO

O uso da imagem nos meios de comunicação é tema atual e oportuno. Os problemas surgidos com a invasão dos direitos da personalidade têm ganhado relevo com o desenvolvimento dos meios de comunicação, as chamadas mídias, quer escritas, televisivas, eletrônicas, etc. Nesse contexto, a proteção do sujeito de direito se mostra de fundamental importância.

Algumas questões surgiram em neste sentido: a) o direito à imagem é um direito da personalidade humana? b) qual é o seu conteúdo? c) como vem sendo tutelado? d) trata-se de

¹⁰ Docente da Toledo Prudente Centro Universitário.

¹¹ CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”.

uma tutela jurídica adequada?

Tais questões moveram a pesquisa, a qual passou por uma breve análise histórica dos direitos da personalidade, prosseguindo com a análise do direito à imagem como um dos direitos da personalidade e suas características. O objeto e a titularidade do direito à imagem, sua tutela jurídica, tanto legal como jurisprudencial, em seguida, foram tratados. Vencida esta etapa, adentrou-se na conceituação de mídia e sua diversidade, avançando, para a tutela jurídica e jurisdicional da questão.

Quanto ao propósito e método, numa perspectiva histórica do desenvolvimento dos direitos humanos e seu reconhecimento em face das transformações da sociedade, averiguou-se os limites da atuação dos agentes e usuários desses meios de comunicação, especialmente no que tange às mídias sociais, bem como as garantias criadas para os que venham a ser afetados pelo uso desses meios.

Tornou-se, por isso, necessário descobrir os contornos jurídicos da utilização da imagem quando ela se faz indevida bem como a possibilidade de o ofendido buscar as devidas reparações.

Nesse passo, pesquisou-se como a normatização, em sede constitucional e legal, e a jurisprudência dos tribunais pátrios vêm enfocando o tema “direito à imagem”. Averiguou-se, por fim, quão necessária é a proteção do direito à imagem no mundo da mídia, para a garantia dos direitos subjetivos da pessoa humana e quão imprescindível o estabelecimento de normas claras e precisas a respeito do uso da imagem para evitar o abuso dos meios de comunicação.

142

CONCEITO E BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O tema proposto para este trabalho exige a explanação de algumas considerações gerais e iniciais, as quais dizem respeito a breves antecedentes históricos dos direitos da personalidade, quais são esses direitos e sua natureza, o direito de imagem como um desses direitos, suas características e seu objeto e titularidade.

Com a evolução e o progresso da sociedade criaram-se inúmeros meios de comunicação e com eles aumentaram as situações de exposição dos indivíduos, tornando-se mais presente a violação à intimidade, honra, imagem etc. E, com isso, em escala cada vez maior, as violações viriam a se tornar mais graves e mais severas suas repercussões, experimentando o sujeito ofendido grandes abalos à sua vida e à sua honra.

Por conta disso, verificou-se o surgimento dos chamados direitos da personalidade, os quais dizem respeito a cada indivíduo no que tange à sua privacidade, honra, intimidade e

imagem, entre outros. Por essa razão, a personalidade também passou a ser objeto de direito.

Relata César Fiuza (2007, p. 169/182) que a integridade da pessoa humana sempre foi objeto de preocupação do Direito, embora nem sempre sob a mesma perspectiva, como ocorria no Código de Hamurabi, que já prescrevia penas (corporais, no caso) para alguns atentados contra a integridade física e moral das pessoas.

De fato, na busca de proteger direitos inerentes ao homem e visando a uma estrutura social mais equilibrada e justa, erigiu-se a dignidade humana como “bem da vida”, visto que referencia maior para os demais direitos.

Na Bíblia, a legislação mosaica constitui uma das mais antigas fontes do desenvolvimento da noção dos direitos humanos ou fundamentais e mesmo dos direitos da personalidade. A partir do Decálogo (os Dez Mandamentos), no qual encontramos mandamentos divinos como, “não matarás”, “não furtarás”, “não adulterarás”, “não dirás falso testemunho contra o teu próximo” (Livro do Êxodo, cap. 20), outras ordenanças e estatutos procuraram resguardar não só a vida e a integridade física das pessoas, como também sua integridade moral (p. ex., a honra da virgem e da mulher casada, do marido, entre outros), estabelecendo sanções para as violações. Nesse sentido as disposições da Lei divina sobre o falso testemunho e a injustiça (Êxodo, cap 23.vv.1-9), a previsão de penas contra pecados cometidos contra mulheres, inclusive a falsa imputação de coisas escandalosas, a proibição de opressão a escravos, etc. (Deuteronômio, cap. 22.vv. 13-30, cap. 23 vv.13).

Com o Evangelho de Cristo, a dignidade do ser humano e o respeito devido a ele ganham maior relevo, emergindo, então, os conceitos do valor do ser humano (“uma alma vale mais que o mundo inteiro...” Evangelho de Marcos, cap. 8 vv. 36-37) e de uma fraternidade e igualdade inerente a todos os homens (Epístola do Apóstolo Paulo aos Romanos, cap. 3 vv. 21-31, cap. 14, v. 10 e outros textos), dos quais a dignidade decorria do reconhecimento do amor de Deus por ele (Evangelho de João cap. 3, v. 16).

A partir da segunda metade da Idade Média passam a ser difundidos documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, a determinadas comunidades, principalmente através de forais ou cartas de franquia (FERREIRA FILHO, 1998, p. 11). Dentre estes documentos, merece destaque a Magna Carta, outorgada por João Sem-Terra no século XII (COMPARATO, 2003, p. 71/72).

No campo teórico, de fundamental importância, foram os escritos de Santo Tomás de Aquino, no século XIII, que ressaltaram a dignidade e igualdade do ser humano por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus (MAGALHÃES, 2000, p. 18/19). Dalmo de Abreu

Dallari (2000, p. 54) afirma que Aquino: "Tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas."

Na Idade Moderna, com o desenvolvimento do comércio, a criação de uma nova classe, a burguesia, e a criação de uma nova sociedade, o direito passa a ser o mesmo para todos dentro do reino, sem as inúmeras fontes de comando que caracterizavam o medievo. Houve uma mudança de mentalidade e uma mundialização da cultura (MARTINEZ, 1999, p. 115/127). A sociedade estamental pouco a pouco é eliminada e o indivíduo começará a ter preferência sobre o grupo. Nessa quadra, a Reforma Protestante foi outro ponto importante para o reconhecimento de direitos inerentes a pessoa humana, ao dar relevância à interpretação pessoal das Sagradas Escrituras, através da razão (LALAGUNA, 1993, p. 15).

A outorga de importantes documentos políticos, especialmente na Inglaterra, e as revoluções inglesa, americana e francesa contribuíram, cada uma à sua maneira, para o reconhecimento de direitos inerentes a pessoa humana, sendo as duas últimas as que influenciaram as constituições do século XIX (RUBIO, 1998, p. 82).

Deve-se destacar, nesse contexto, o Bill of Rights de 1689 (ARAGÃO, 2001, p. 32), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, na América do Norte, que afirmava que todos os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história (COMPARATO, 2003, p. 49) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, ressaltando que todos os homens são iguais perante Deus e que Este lhes deu direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, citando a vida, a liberdade, a busca pela felicidade.

Posteriormente, surgem, em 1787, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América e, em 1791, dez emendas, consagrando a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a segurança, o devido processo legal, a proporcionalidade da pena, constitucionalizando assim os direitos inerentes a pessoa humana (RUBIO, 1998, p. 85).

Em 26 de agosto de 1789, aparece a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi marcada pela universalidade dos direitos consagrados, e que "[...] afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição" (ANDRADE, 1998, p. 27/28).

A consagração do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

destacou, realmente, a trajetória dos direitos fundamentais, “de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado espaço aos direitos ou liberdade fundamentais” (ANDRADE, 1998, p. 27/28).

Enfim, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, passando, então, os direitos humanos a ter projeção internacional como direitos fundamentais. Como se vê, embora a integridade da pessoa humana sempre tenha sido objeto de preocupação do Direito, a categoria dos direitos da personalidade, como tal, é recente, conforme assinala Cesar Fiuza (2007, p. 169).

Nesse ponto, sem dúvida, pode-se concluir que as fontes primárias recentes dos direitos da personalidade ou inerentes à pessoa humana vinculam-se não só ao desenvolvimento da noção do Direito Natural, mas também às lutas sociais e revoluções que levaram ao desenvolvimento do Direito Positivo, pelo menos no âmbito do moderno Estado de Direito Democrático e Social.

Dessa maneira, foi com as lutas de classes e com as lutas contra o poder, que, de forma gradual, os direitos fundamentais do homem começaram a ser reconhecidos e protegidos, ficando claro que tais direitos não surgiram de uma única vez. Por isso, Norberto Bobbio (1992, p. 6) esclarece que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”.

Os direitos da personalidade passaram, então, a, também, integrar a esfera privada da vida, protegendo o indivíduo em sua dignidade contra a ganância e o poderio dos mais fortes e espertos (FIUZA, 2007, p. 170). Atualmente, os direitos da personalidade pertencem a ambas as esferas, tanto a pública como a privada e sua importância se agiganta, mormente ante a tendência hoje presente a uma redução gradativa da privacidade dos cidadãos. Nesse sentido, entre outros autores.

O DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Numa época cada vez mais midiática, percebe-se a ocorrência de flagrantes atentados à imagem dos indivíduos, sobretudo, à imagem das pessoas detentoras de certa notoriedade, popularmente chamadas, celebridades. Revistas e jornais sensacionalistas, frequentemente, ignoram esse direito constitucionalmente protegido e sua tutela legal, violando-o e distorcendo, assim, seu papel fundamental na consolidação da democracia.

Antes, porém de continuar a entender o direito de imagem como direito da personalidade, há necessidade de compreender o que é a mídia, pois é neste meio que tem

ocorrido, com frequência, atentados aos interesses jurídicos que compõem tal importante direito.

CONCEITO E ESPÉCIES DE MÍDIA

Mídia é um termo que tem origem na palavra latim *media*, e que significa “meio”. Atualmente, a palavra mídia está vinculada aos meios de comunicação de massa, por exemplo: no entretenimento, na publicidade, na televisão, no rádio, na internet, nos jornais, entre outros. Embora representada por estes citados meios instrumentos, a mídia se faz presente também “nos corredores de bate papo, nas cartas manuscritas, nos meios impressos e até na utilização de um acessório como a lousa dentro de um ambiente escolar”, conforme disserta Cimara Apostólico (2006, p. 45/46).

A mídia, ou os meios de comunicação em massa, possui grande e evidente influência na distribuição e veiculação de informações, imagens, vídeos, etc., assumindo grande relevância na sociedade atual. Tais assuntos nunca foram tão discutidos com respeito a situações geradas e a danos causados pela mídia.

Segundo Cimara Apostólico (2006, p. 12), os meios de comunicação em massa chegam a possuir “ingredientes que fazem parte do processo de hipnose e sedação produzidas pelas imagens”.

As informações veiculadas possuem papel educativo, uma vez que muitos têm acesso a estas e, se estiverem em desconformidade com a realidade, com certeza, causarão um prejuízo intelectual ao leitor.

Marilena Chauí (2006, p. 234), aborda a questão de como é fácil reproduzir as ideias da classe dominante, já que as ideias que predominam são dessa mesma classe dominante. Já ideias contrárias as de tal classe são difíceis de propagar, uma vez que se faz necessário contrariar o senso comum. Além disso, quem apresenta os fatos tem mais credibilidade que o próprio fato em si. O poder da mídia é grandioso, podendo causar muitas injustiças e/ou danos a indivíduos ou empresas.

Parafrazeando M. White (2012, p. 55), podem ser consideradas mídias sociais, por exemplo: a) Conexões Sociais – mídias que visam ao vínculo com o mundo, mantendo relações ou criando novas relações, entre pessoas. Podemos citar o Facebook, o Twitter e o MySpace e b) Compartilhamento de Multimídia – mídias pelas quais há compartilhamento de mídias, quais sejam, fotos e vídeos, tais como o Youtube e o Flickr.

A imagem é veiculada diuturnamente nestes meios, assim é bastante comum ocorrer conflitos de interesses nesta seara.

NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem é espécie do gênero direito da personalidade, portanto, inato ao indivíduo e reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico como entre os direitos e garantias individuais, garantidos constitucionalmente.

Especificamente no tocante ao direito à imagem, discute-se a sua natureza e autonomia, uma vez que não mais há dúvidas acerca de sua existência em face de seu reconhecimento no direito positivo.

Algumas teorias procuraram negar a autonomia do direito à imagem, ora vinculando-o ao direito de propriedade, ou ao direito à intimidade, ou ao direito do autor, ou ao direito à honra, ou ao direito à identidade pessoal ou, ainda, ao patrimônio moral da pessoa.

Todavia, superadas, hoje, todas essas teorias negativistas, tem-se atualmente conceituado o direito à imagem como um direito autônomo, embora sua violação muitas vezes traga uma lesão ao direito de propriedade, honra, intimidade, etc., todas essas realidade jurídicas que não podem ser confundidas com a imagem (FACHIN, 1999, p. 65).

Conforme Pedro Frederico Caldas (1997, p. 38/39), se a tutela à imagem se apresenta protetora, nos casos em que não há violação de outro direito da personalidade, como intimidade e honra, revela-se lógico que venha a gozar de autonomia em relação àquelas e isto ocorrerá mesmo que a lesão atinja outros direito, isolada ou concomitantemente.

Tanto é assim que o legislador constitucional brasileiro (art. 5º, X, da CF), inclui destacadamente o direito à imagem no rol dos bens ali protegidos, ao lado da intimidade, vida privada e honra, assegurando a cada um sua autonomia.

Com relação à extensão desse direito, afirma Carlos Alberto Bittar (1995, p. 65) que o direito à imagem abrange não só as pessoas vivas, como as mortas, uma vez que o direito não cessa com o falecimento, cabendo aos herdeiros promover a sua defesa, por direito próprio, o que, assim, ratifica a autonomia do direito à imagem. Conforme Adriano de Cupis (1961, p. 130):

A necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas feições.

(...)

Este novo direito privado, que é o direito à imagem, começou a se firmar no século passado.

A jurisprudência pátria vem corroborando a autonomia do direito da imagem ao

decidir reiteradamente que a simples falta de autorização para veiculação da imagem garante ao indivíduo lesado o direito a uma indenização, mesmo que não tenha sofrido qualquer lesão em sua honra ou vida privada.

O direito à imagem, como um dos direitos da personalidade, apresenta, em princípio, as mesmas características destes. Contudo, cabe destacar, que as características da indisponibilidade e da irrenunciabilidade não são absolutas.

Com efeito, o direito à imagem é disponível e renunciável conforme se infere do disposto no art. 20 do Código Civil. Em outras palavras, se houver expressada vontade do seu titular, ele pode dispor da própria imagem para que outra pessoa, por exemplo, dela se valha, explorando-a.

É nesse ponto que começamos a encontrar problemas, como o uso indevido, abusivo e sem limites da imagem. Todas essas hipóteses geram consequências no mundo jurídico e no íntimo da pessoa lesada, levando a se discutir, por isso mesmo, a responsabilidade civil do ofensor.

O direito à imagem, em que pese ser uma das vertentes dos direitos da personalidade, muitas vezes não é facilmente diferenciado da honra, razão por que, na prática, às vezes, se torna difícil falar separadamente da imagem, sem que se vincule de alguma forma à proteção ao direito da honra e a outros direitos personalíssimos.

148

OBJETO E TITULARIDADE DO DIREITO À IMAGEM

Delimitada a natureza jurídica do direito de imagem, necessário se faz expor o seu conteúdo e titularidade.

Para Carlos Alberto Bittar (1995, p. 99), a imagem consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica, assim como sobre os respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.), que a individualizam no seio da coletividade. Ou seja, imagem é o conjunto de caracteres, de traços, que compõem a conformação física da pessoa que distinguem e individualizam no meio social.

A imagem é como uma emanção projetada a partir da conformação física da pessoa, um sinal sensível da sua personalidade destacável do corpo e suscetível de representação por meio de inúmeros processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes (CAVALIERI, 2010, p. 100).

Maria Helena Diniz (2004, p. 127) diz que o direito à imagem pode referir-se à imagem-retrato, isto é, à representação física da pessoa como um todo ou em partes, desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular por meio de fotografia,

escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematográfica, televisiva, por meio de sítios eletrônicos, etc., que requer autorização do retratado (CF/88, art. 5º, X).

Pode referir-se, também, à imagem-atributo, que é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pelas pessoas reconhecidas socialmente (CF/88, art. 5º, V).

Elucida a mesma autora que a tutela ao direito à imagem abrange o direito à própria imagem, ao uso dela ou à difusão da imagem; a imagem das coisas próprias e à imagem em coisas, palavras ou escritos ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.

Nos dias que correm como observa Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 100): “Em razão do maravilhoso progresso dos meios de comunicação, a imagem veio a se tornar um bem extremamente relevante, ao mesmo tempo em que altamente sensível capaz de ensejar fabuloso aproveitamento econômico ao seu titular, bem como tremendos dissabores.”

Pode-se, ainda dizer, sem chance de exagero, que em nossa sociedade de consumo, conforme as circunstâncias, também a imagem se tornou um bem de consumo.

Não obstante, apesar de revestida a imagem das características comuns aos direitos da personalidade, ela se distingue dos demais pela disponibilidade (CAVALIERI, 2010, p. 100). Em outras palavras o uso da imagem de uma pessoa necessita de sua autorização para ser usada, por exemplo, em campanha publicitária de qualquer tipo. Tal consentimento, porém, não importa renúncia do direito, porque este não se extingue, podendo ser dadas a diversas pessoas ao longo do tempo.

Como vimos, como direito autoral, a imagem é protegida pelo art. 5º, XXVIII, a, da Carta Magna, desde que ligada à criação intelectual de obra fotográfica, cinematográfica, publicitária, etc.

Parafraseando Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 104) há certas limitações ao direito à imagem, com a dispensa da anuência para sua divulgação, quando:

a) se tratar de pessoa notória, embora isso não constitua permissão para devassar sua privacidade, porquanto sua vida íntima deve ser preservada. A pessoa que se torna de interesse público, pela fama ou significação intelectual, moral, artística ou política não poderá alegar ofensa ao seu direito à imagem se sua divulgação estiver ligada à ciência, às letras, à moral, à arte e à política. Isto é assim porque a difusão de sua imagem sem seu consenso deve estar relacionada com sua atividade ou com o direito à informação;

b) se referir a exercício de cargo público, pois quem tiver função pública de destaque não poderá impedir que, no exercício de sua atividade, seja filmada ou fotografada, salvo na intimidade;

c) se procurar atender à administração ou serviço da justiça ou de polícia, desde que a pessoa não sofra dano à sua privacidade;

d) se tiver de garantir a segurança pública nacional, em que prevalece o interesse social sobre o particular, ou a manipulação de arquivos fotográficos de departamentos policiais para identificação de delinquentes. Urge não olvidar que o civilmente identificado não possa ser submetido à identificação criminal, salvo nos casos autorizados legalmente (CF/88, art. 5º, LVIII);

e) se buscar atender ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos;

f) se houver necessidade de resguardar a saúde pública. Assim, portador de moléstia grave e contagiosa não pode evitar que se noticie o fato;

g) se obtiver imagem, em que a figura seja apenas parte do cenário (congresso, enchente, praia, tumulto, show, desfile, festa carnavalesca, restaurante, etc.) sem que se a destaque, pois se pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena;

h) se tratar de identificação compulsória ou imprescindível a algum ato de direito público ou privado.

O uso indevido da imagem de alguém poderá ensejar dano patrimonial, o que ocorrerá sempre que ela for explorada comercialmente sem autorização ou participação de seu titular no ganho auferido.

Também ensejará dano patrimonial quando ocorrer prejuízo econômico para o titular do direito, como no caso de perda de um contrato de publicidade.

Dará, ainda, azo a dano moral se a imagem for utilizada de forma que cause humilhação, vexame, desrespeito, vergonha, dor ou sofrimento ao seu titular, como, por exemplo, a exibição de nudez ou de cenas íntimas sem autorização.

Assim, no que tange à reparação do dano à imagem, o lesado pode pleitear a reparação pelo dano moral e patrimonial (Súmula 37 do STJ) provocado por violação à sua imagem-retrato ou imagem-atributo e pela divulgação não autorizada de escritos ou de declarações feitas.

Embora o direito em si seja intransmissível, conforme salienta Adriano de Cupis (1961, p. 53), intransmissibilidade que decorre da própria natureza do seu objeto, por força de um nexu, que se pode dizer orgânico, embora inseparável por isso do sujeito originário, possível à transmissão dos seus efeitos patrimoniais e morais.

Sabe-se que a imagem, como os demais bens personalíssimos se extingue com o falecimento de seu titular. Todavia, dependendo da notoriedade deste, a imagem pode produzir e projetar, conforme salienta Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 101), efeitos jurídicos

para além da morte, afetando os sucessores do *de cuius*. Cita o referido autor o caso de pessoas famosas já falecidas cuja imagem continua a ser explorada comercialmente por meio de filmes, vídeos, publicidade, fotografias, livros, memórias e biografia. De fato, os efeitos econômicos decorrentes de tal exploração se incorporam ao patrimônio dos herdeiros do finado e somente por eles podem ser comercialmente explorados.

Tal também se dá quanto aos efeitos morais, considerando que a imagem de um ancestral muitas vezes constitui um bem até mais valioso que os bens materiais por ele deixados. Sérgio Cavalieri Filho ilustra tal fato exemplificando que as pessoas próximas de pessoas famosas, por direito próprio, distinto da imagem do falecido, estão legitimadas a pleitear indenização em juízo se tal patrimônio moral for atingido.

O mesmo autor cita o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que a filha de um renomado pintor obteve a apreensão de filme produzido por não menos famoso cineasta em que a imagem de seu pai aparecia no caixão, durante o velório. Ele ainda cita outro julgado, este do Superior Tribunal de Justiça, que cuidou de danos morais em favor de filhos de pais falecidos por ofensa à honra e à imagem destes (REsp nº 521.697/RJ).

Assim, o cônjuge, os ascendentes ou descendentes, na forma do art. 20 do Código Civil, podem não só suceder o morto ou o ausente no polo ativo de uma ação de indenização calcada em ofensa à imagem da vítima praticada quando esta estava viva, como também podem, por conta dos mencionados efeitos patrimoniais e morais dessa imagem, propor ação própria em face da ofensa feita ao direito de imagem *post mortem*.

Tal dispositivo legal, assim, está coerente com a doutrina e com a jurisprudência que se formou acerca do tema. Acresça-se que em nosso entender, também o convivente pode ser legitimado para requerer a proteção da imagem do morto ou ausente em razão do atual estágio da jurisprudência brasileira.

TUTELA JURÍDICA E JURISDICIONAL DO DIREITO À IMAGEM

Inicialmente, assinale-se que o legislador pátrio introduziu na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual viria a ser um dos supraprincípios fundamentais para a regulamentação e proteção dos direitos intrínsecos do homem, abrindo precedente para que inúmeros subprincípios e direitos surgissem. O princípio em questão é, senão o mais importante, um dos supremos princípios presentes em nossa Constituição e se faz superior a qualquer outro.

Especificamente, os direitos de personalidade encontram-se previstos no art. 5º, inciso X, da Carta Maior. A Constituição não só declarou expressamente a existência do direito da

pessoa à imagem (art. 5, X, CF), como o inseriu no rol dos direitos e garantias individuais.

Especificamente quanto à garantia da observância desses direitos de personalidade, é de notar-se na Carta Magna da República o art. 5º inciso XL, que dita: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Desta forma, porque os direitos de personalidade, entre eles, o da imagem, fazem parte dos direitos e garantias fundamentais, naturalmente são abrangidos por esta norma constitucional.

Por igual modo, no referido artigo 5º, nos seus incisos V, X e XXVIII, ficaram asseguradas não só a proteção como o direito a eventuais reparações, caso sejam tais direitos violados.

O direito à imagem, sob a perspectiva ou forma de direito autoral, é protegido no referido inciso XXVIII, “a”, do mesmo art. 5º da Carta Magna, desde que ligada a imagem à criação intelectual de obra fotográfica, cinematográfica, publicitária, etc.

Assim, no que tange a proteção ao direito à imagem, verificamos que o legislador constitucional expressamente previu os meios cabíveis à sua defesa.

Note-se, ainda, que, dada a importância dos direitos da personalidade e da posição privilegiada que vêm ocupando a partir da Lei Maior, se desenvolveu a noção de que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável com o desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do habeas corpus; do habeas data, etc.

No Brasil, foi apenas nas duas últimas décadas do século XX que se pôde construir uma dogmática dos direitos da personalidade, em face do redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada em nossa Lei Maior de 1988, especialmente no art. 1º, III, desse diploma.

Especificamente no que tange à proteção ao direito à imagem, o legislador constitucional, expressamente, previu os meios cabíveis para sua proteção e defesa.

Assim, no art. 5º, incisos V, X, de nossa Constituição, instituem-se os meios assecuratórios à sua proteção, ou seja, o direito de resposta, proporcional ao agravo e o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem. Ainda pertinentes a tal proteção, os princípios da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas asseguram o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Já no âmbito infraconstitucional, apenas no ano de 2002 foi que o Código Civil começou a prever a inviolabilidade aos direitos à personalidade, inclusive da imagem, demonstrando seu objetivo primordial de preservação do respeito à dignidade da pessoa

humana e aos direitos protegidos constitucionalmente. Isso se vê nos arts. 948 e 951, relativos ao direito à vida; nos arts. 949 a 950, concernentes à integridade física e psíquica e no art. 953, alusivo aos direitos à honra, assim como no art. 954 sobre a liberdade pessoal.

Especificamente quanto ao direito à imagem da pessoa, o Código Civil brasileiro, ao tutelá-lo em seu art. 20, dispôs que o uso, a utilização de imagem, palavras etc. serão proibidas, salvo as hipóteses legais previstas. Prevê, ainda, ser a indenização cabível, dependendo do tipo e gravidade da violação. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que o direito de proteção à imagem do ofendido é transmissível a ascendentes, descendentes e ao cônjuge.

E, como vimos o cônjuge, os ascendentes ou descendentes, consoante o disposto no citado art. 20, não somente podem suceder o morto ou o ausente no polo ativo de uma ação de indenização calcada em ofensa à imagem da vítima praticada quando esta estava viva, como também podem por conta dos mencionados efeitos patrimoniais e morais da imagem do falecido, propor ação própria contra o ofensor.

Tal proteção ao direito à imagem cabe notar, se estende aos direitos autorais, como se vê da leitura dos artigos 29, VIII, “a” e “b”, 46, VI, e 68 a 76 da Lei n. 9.610/98.

Por fim, também no âmbito infraconstitucional, vemos que a proteção ao direito de imagem se estende, ainda, às crianças e adolescentes, conforme a Lei 8.069/90, a qual teve nova redação dada pela Lei 10.764/2003, que, por meio de seus artigos 240, 241, 247, §§ 1º e 2º, criminaliza a exploração de imagens pornográficas infantis. Temos também previsão no Código Eleitoral, Lei nº 4737/65, em seu artigo 243, inciso IX.

Em razão dessa proteção, vislumbra-se a possibilidade de, numa campanha política, uma ofensa como injúria, calúnia ou difamação assacada por um candidato caracterizar um dano à imagem de outro candidato, ensejando uma ação reparatória com base na própria lei eleitoral.

Nesse mesmo sentido temos a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9096/95) que se preocupou em proteger e disciplinar as exibições de propagandas eleitorais pelos meios de comunicação.

A lei fornece aos prejudicados, além das ações de reparação propriamente dita, os meios cautelares, os quais visam à retirada do conteúdo, bem como a busca e apreensão do material divulgado e ainda a antecipação de tutela indenizatória, visando que se cesse o uso indevido, pelos meios midiáticos.

Igualmente, o mandado de segurança se faz muito útil e eficaz para os casos onde ocorre a violação ou ameaça de violação ao direito de imagem.

Possível a proposição de ações de obrigações de não fazer, as quais se fazem imprescindíveis nos casos em que se objetiva a não veiculação da imagem. Em se tratando de internet, há uma grande dificuldade em se individualizar o ofensor.

Não poucas vezes têm sido os tribunais chamados para resolver conflitos entre princípios constitucionais, entre eles, entre o direito de informar e o direito de imagem.

Comuns, na realidade, as ações de indenização movidas contra empresas jornalísticas (impressas, faladas ou televisivas) por dano moral resultante de notícias injuriosas, ofensivas ou difamantes. De seu lado, essas empresas sistematicamente invocam a liberdade de informação dos veículos de comunicação, direito garantido nos artigos 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Sustentam, ademais, que nem a lei pode impor censura ou obstáculos à livre informação jornalística.

Indaga-se com razão, como o faz Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 103), até que ponto, escudada na liberdade de informação, pode uma empresa jornalística invadir a intimidade alheia, divulgar fatos da vida privada, ou mesmo pública, ofensivos ou injuriosos? Até que ponto pode valer-se da imagem de outrem para dela tirar proveito econômico?

Seja o direito à imagem, sejam os demais direitos personalíssimos, sejam os direitos relativos à liberdade de informação e à livre expressão da atividade intelectual entre outros, todos eles são igualmente garantidos pela Constituição.

Nesse ponto, importa notar que a jurisprudência tem buscado se orientar no sentido de que o direito de informar deve ser analisado em conjunto com a proteção dada ao direito de imagem, não sendo possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente. A orientação de nossos Tribunais tem sido procurar harmonizar os conflitos que surgem entre os princípios constitucionais, pois um princípio condiciona o outro, não sendo nenhum deles absoluto.

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 104) ressalta, nesse tema, que nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Descreve esse autor que:

Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tantos os direitos como as suas limitações.

(...)

Assim, conforme o mesmo autor, sempre que há invasão da disciplina constitucional e conseqüente violação ou ameaça de violação de direito de outrem, o Judiciário é convocado a prestar a jurisdição, não como censor da liberdade de pensamento do cidadão, mas para que possamos conviver democraticamente.

Importante, nesse passo, trazer à colação o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado nos autos do REsp 267529/RJ, cujos parâmetros de análise vale a pena conhecer. Nesse acórdão, com base na doutrina, foram apontados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira critérios (vê-los-emos adiante) para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia bem como os parâmetros a serem observados no tocante ao direito de informar.

No caso analisado, emissora de TV havia captado, sem autorização, imagens de funcionário de empresa de assistência técnica durante visita que realizara, permitindo sua individualização, bem como da empresa em que trabalhava, e imputara malícia na conduta do técnico, sem, constar na reportagem oportunidade de contraditório para que ele pudesse provar que o aparelho tinha outros defeitos, além daquele informado pela rede de TV. No caso, entendeu-se configurado dano moral por utilização indevida da imagem do funcionário em suposta situação de fraude ao consumidor.

Como se infere do voto do relator, a imagem da pessoa, cujo direito é consagrado na Carta Magna, é de uso restrito e apenas pode ser utilizada por terceiro no caso de haver autorização expressa e, além disso, nos limites da finalidade e das condições em que esta autorização foi concedida. O titular do direito à imagem tem o direito de impedir que outrem a utilize, sem seu consentimento, considerando que a imagem é sua “expressão externa”, o conjunto de traços e caracteres que a distinguem e a individualizam (BITTAR, 1999, p. 212).

Nesse voto vencedor e que deu provimento em parte ao recurso para dar procedência parcial à ação, ressaltou o relator importantes pontos que merecem ser aqui destacados, a saber, que:

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o

qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

Como se vê a jurisprudência, tal qual a citada, não se descarta de proteger o direito à imagem, ressaltando seu conteúdo tanto moral como patrimonial e admite a necessidade de sua proteção em face dos atentados contra ela perpetrados, reconhecendo o direito à reparação por parte do ofendido pelo simples uso indevido, ou sem autorização, desse direito personalíssimo, mesmo sem demonstração do efetivo prejuízo material.

Outro interessante acórdão que esclarece os contornos do tema em análise neste item do trabalho trata-se do REsp nº 1005278/SE, que versou sobre ação de indenização por dano moral relacionado ao direito à imagem em caso de morte em acidente automobilístico, no qual podemos destacar os seguintes pontos:

Havendo violação aos direitos da personalidade, como utilização indevida de fotografia da vítima, ainda ensanguentada e em meio às ferragens de acidente automobilístico, é possível reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme art. 12 do Código Civil/2002.

Em se tratando de pessoa falecida, terá legitimação para as medidas judiciais cabíveis, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau, independentemente da violação à imagem ter ocorrido antes ou após a morte do tutelado (art. 22, § único, C. C.).

Relativamente ao direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Vê-se, aqui, que os julgados tratam de conflito envolvendo direitos da personalidade, em especial o direito à imagem em confronto com o direito de informar, este uma das

expressões da liberdade de expressão, direito fundamental especialmente protegido pela Lei Maior.

Ponderando os interesses envolvidos, entendeu-se que, no caso examinado, preponderava o direito à imagem, em detrimento ao direito de informar, considerando que houve abuso de direito por parte de emissora de TV ao exibir, sem a devida autorização, a imagem da parte autora. Além de fixar a indenização por dano moral, cuidou o acórdão de fixar os parâmetros necessários para se estabelecer o quantum compensatório.

Cabe observar que a jurisprudência, quanto ao tema da proteção do direito à imagem, tem possibilitado a concessão de medida cautelar nos casos em que há o perigo de dano e plausibilidade do direito (*periculum in mora e fumus boni iuris*):

Ementa: CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR. PECULATO. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. TESE CONTROVERTIDA LEVANTADA NO RESP, VISANDO À ABSOLVIÇÃO. LIMITAÇÕES COM EFEITOS DANOSOS NA ESFERA PÚBLICA E PRIVADA. DANO À IMAGEM E À REPUTAÇÃO. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA EVIDENCIADOS. MANUTENÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO AO RECURSO ESPECIAL ATÉ O SEU TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. I. Em casos excepcionalíssimos, admite-se a concessão de efeito suspensivo a recurso especial. (...) III. O *periculum in mora* evidencia-se com as limitações impostas à prática das atividades inerentes ao exercício do cargo eletivo, em relação a um dos requerentes, sendo que, por se tratar de pessoa pública, os efeitos danosos na esfera privada também merecem especial consideração. IV. A tese de dano à imagem e à reputação é plausível, em relação aos outros requerentes (...) V. Persistindo os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, impõe-se a manutenção do efeito suspensivo concedido em liminar a recurso especial, até o seu trânsito em julgado. VI. Pedido julgado procedente.

157

Portanto, não necessita o ofendido aguardar que o dano se realize para, então, valer-se de ação judicial para buscar reparação, pois lhe é possível, ante o perigo de que tal dano se concretize antecipar-se, demonstrando ao Juiz tanto seu direito como o dano que está prestes a ocorrer, prevenindo, assim, sua realização cautelarmente.

CONCLUSÃO

É certo que mais direitos inerentes ao homem têm sido reconhecidos com o desenvolvimento da civilização ao longo do tempo. O chamado processo de humanização permite que se vislumbre, a cada dia, a necessidade de proteção a elementos personalíssimos, como no caso da honra, intimidade, privacidade etc.

Nota-se a preocupação do constituinte em prever garantias e proteção, incluindo a

disposição de meios de reparação de lesões sofridas, pela consideração de que o direito à imagem deriva dos direitos da personalidade e entre eles também se inclui. Com isso, os direitos da pessoa à imagem-retrato e à imagem-atributo são cada vez mais fortalecidos pelo advento de normas legais e mesmo constitucionais.

A verdade é que a cada dia tem-se tornado mais difícil controlar o que aparece nas mídias sociais por conta da constante evolução de tecnologias que visam à divulgação de informações bem como por conta de sua principal característica, a saber, sua grande abrangência, com a universalização do seu conteúdo, no que tange aos leitores, ouvintes, etc.

Desta forma, mesmo já existindo previsões concretas de proteção e precedentes na Justiça por reparações para esse tipo de lesão, urge a criação de novos meios e o aparecimento de órgãos próprios de proteção destinados a fazer tal controle para evitar os abusos cada vez mais constantes.

Antes de se pensar apenas na reparação ocasionada pelo dano, porque não prevenir que tal dano ocorra?

Certamente critérios e parâmetros apurados pela jurisprudência pátria poderiam ser adotados por novas leis para regular e prevenir os casos de abusos praticados pelos meios de comunicação de massa.

Entre tais critérios pode-se enumerar os seguintes: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida.

Tais critérios apontados também se devem prestar à aferição do grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens.

Assim, confrontando-se o direito de informar e o direito à imagem, deve-se pesar, de um lado, o grau de realização do interesse lesivo (liberdade de informação) e, de outro, o grau de sacrifício do interesse lesado (direito à imagem). Vale dizer, é necessário apurar e aferir, nas condições concretas de cada caso, se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado.

Além disso, um acompanhamento maior do que está sendo divulgado pelos veículos de comunicação parece ser imprescindível para se buscar uma redução desses danos.

Claro que uma maior prevenção para se evitar tais abusos cometidos pelos meios de comunicação seria a imposição de penalidades, como multas, aplicadas por algum órgão ou agência governamental, a fim de inibir as empresas que, normalmente, somente se aferram aos seus interesses comerciais, a adotarem maior rigor e critério em sua conduta no que

importa para o respeito aos direitos das pessoas.

Importante ressaltar que se deve sempre buscar uma sanção justa e exemplar aplicável aos indivíduos autores de tais danos aos direitos da personalidade, inclusive à imagem, para que, cada vez mais, a violação à imagem das pessoas não compense.

Os atentados ao direito à imagem quase sempre causam grande impacto na vida das pessoas atingidas, já que a veiculação se dá tanto no âmbito nacional como até mesmo global.

Ante a constatação de que os meios eletrônicos, cada vez mais, se prestam à prática de atentados aos direitos das pessoas, hoje, felizmente, se nota uma maior preocupação, inclusive no âmbito legislativo, com os ilícitos virtuais e sua repressão. Paralelamente, no âmbito jurisdicional, devem ser aprimorados os critérios para se alcançar um mais perfeito equilíbrio entre princípios constitucionais igualmente valiosos, mas muitas vezes em confronto, tais como, de um lado, o da liberdade de informar e o da livre expressão e, de outro, o da imagem.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA SAGRADA. **A Bíblia de Jerusalém**. 9. ed. São Paulo: Paulus, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTUNES, Ruy Barbedo. **Direitos fundamentais e direitos humanos: a questão relacional**. *Rev. Esc. Direito*, Pelotas, v. 6, n. 1, p. 331-356, jan./dez., 2005.

APOSTÓLICO, Cimara. Telenovela. **O olhar capturado**. Construção da Tríade Telespectador, Corpo e Imagem. São Paulo: PUC, 2006 (Dissertação de Mestrado).

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Contornos atuais do direito do autor**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal**. Senado. 1988.

_____. **Lei Federal 4.737**. Senado. 1965.

_____. **Lei Federal 8.069**. Senado. 1990.

_____. **Lei Federal 9.096**. Senado. 1995.

_____. **Lei Federal 9.610**. Senado. 1998.

_____. **Lei Federal 11.340**. Senado. 2006

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 521.697/RJ. Brasília. 2006.

Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=429547&num_registro=200300533543&data=20060320&formato=PDF. Acesso em 14 de outubro de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 267.529/RJ. Brasília. 2000.

Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=66401&num_registro=200000718092&data=20001218&formato=PDF. Acesso em 14 de outubro de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1005278/SE. Brasília. 2010.

Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1018644&num_registro=200702646310&data=20101111&formato=PDF. Acesso em 14 de outubro de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Medida Cautelar 2214/PR. Brasília. 2002. Disponível

em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=15627&num_registro=199901151112&data=20020506&formato=PDF. Acesso em 14 de outubro de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 221. Brasília. 1999. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2º ed. São Paulo: RT, 1998.

CALDAS, Pedro Frederico, **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas,

2010.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21° ed. São Paulo: Saraiva 2004, vl.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25° ed. São Paulo: Saraiva 2011, v.1.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, César. **Direito civil**. 10° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005.

LALAGUNA, Paloma Durán. **Manual de derechos humanos**. Granada: Comares, 1993.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; GARCIA, Eusébio Fernandez. **Historia de los derechos fundamentales** Tomo I: transito a la modernidad siglos XVI y XVII. Institutos de Derechos Humanos Bartolome de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação Cível nº 10701120088334001. Minas Gerais. 2013. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115944169/apelacao-civel-ac-10701120088334001-mg>.

Acesso em 14 de outubro de 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, Tomo IV.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação Cível nº 70058480898. Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058480898&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1 &lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 14 de outubro de 2014.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em 14 de outubro de 2014.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Direito subjetivo I. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, 1975. Vol 2.

WHITE, M. **What types of social Networks exist?** 2012. Love to Know Social Networking. Disponível em: http://socialnetworking.lovetoknow.com/What_Types_of_Social_Networks_Exist. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

A OMISSÃO LEGISLATIVA E O AMPARO CONFERIDO PELA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Gustavo Martinez BORGES¹²

RESUMO

O desprezioso trabalho tem como finalidade separar o conceito de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais bem como relacionar o primeiro com a omissão legislativa e os meios conducentes para a reparação desta falha e assim assegurar que direitos previstos na Constituição sejam assegurados, para o melhor entendimento da relação entre omissão e eficácia das normas constitucionais houve a necessidade de partir de um plano histórico mostrando os primórdios do direito constitucional até a ideal de constituição que temos atualmente apresentando os mecanismos garantidores da aplicação de normas constitucionais carentes de regulamentação infraconstitucional, sendo assim, foram analisados o Mandado de Injunção e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

PALAVRAS CHAVES: Omissão Legislativa; Aplicabilidade da Norma constitucional; Mandado de injunção.

ABSTRACT

The unpretentious work aims to separate the concept of effectiveness and applicability of constitutional norms and relate the first to legislative omission and the ways possible to repair this absence and thus ensure that rights provided in the Constitution shall be effected, for the better understanding of relationship between legislative omission and effectiveness of constitutional norms was necessary starts from a historical plan showing the beginnings of constitutional law to the ideal of constitution we have today presenting the mechanisms guaranteeing the application of constitutional standards of poor infra regulation, therefore, they were analyzed the Writ of Injunction and Declaratory Action of Unconstitutionality by omission.

KEY WORD: Legislative omission ; Applicability of the constitutional standard ; Writs of injunction .

INTRODUÇÃO

O artigo busca demonstrar a problemática da omissão legislativa, que existe dentro do modelo de Constituição Dirigente, que é o modelo adotado pelo Poder Constituinte Originário no Brasil. Para tanto, no primeiro capítulo abordou-se a evolução histórica das constituições até chegar ao modelo que encontramos hoje em nosso ordenamento jurídico.

Posteriormente fora analisado a diferença entre constituição formal e material haja

¹²

Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio de Eufrásio de Toledo.

vista a extrema necessidade para o entendimento das normas constitucionais formais e materiais pois foi objeto de estudo a classificação em que nossa Carta Magna é inserida.

Saindo do plano constitucional, discorreu-se sobre a vigência das normas, dividindo-as em dois planos, vigência *latu sensue* vigência *stricto sensu*, bem como a análise da validade constitucional, formal e fática.

Como objeto de estudo deste trabalho, verificamos que todas as normas, principalmente a constitucional é dotada de eficácia, relacionando-a com um imperativo “dever-ser”.

Foi importante a análise da classificação de José Afonso da Silva, a qual divide as normas constitucionais levando em conta a sua aplicabilidade e eficácia. Só então, que foi formulada uma crítica a este critério dissecando alguns pontos controversos.

Diante do exposto, passou-se a observação dos métodos em que a constituição, juntamente com a atuação supletiva do órgão Judiciário, oferece para a complementação do vácuo regulamentador deixado pelo legislador.

Em primeiro momento, explorou-se o Mandado de Injunção sob um enfoque de ser um instrumento efetivo para a solução da falta de regulamentação, importante foi ressaltar a sua evolução interpretativa ao longo dos anos em que esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, cada vez mais ressaltando a validade das normas constitucionais e, de certa maneira, suprimindo a omissão legislativa.

Não poderíamos deixar para trás outro instrumento que também ajuda na solução de tal problema, sendo este a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão que também estabelece premissas para a atuação do judiciário em busca da solução da carência de regulamentação constitucional.

DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES

O poder constituinte originário é o meio pelo qual as constituições são elaboradas, devendo elas passarem por um procedimento específico e formal, tal procedimento sempre esteve ligado a um tipo de ruptura, as primeiras surgiram com a revolução francesa e a guerra civil dos Estados Unidos da América. Além disso, o modelo liberal clássico surgiu com as seguintes características: documento escrito, com separação dos poderes e declaração de direitos. (FILHO, 2011, p. 33). Além disso, o modelo liberal reconhecia a constituição como uma norma superior, que vinculava as demais normas. Mas nem sempre foi assim; essa noção de que a constituição é uma carta solene hierarquicamente superior e as demais leis estão subordinadas a ela não existiu em todas as organizações sociais, como na Inglaterra, na qual há

a supremacia do Parlamento. E ainda nas sociedades antigas a noção mais próxima que se existia de constituição eram documentos que superiores como “topoi” dos gregos, que asseguravam antecedentes de direitos e garantias fundamentais. (ACQUAVIVA, 2010, p.75)

No século XI notava-se uma clara tendência de centralização do poder na figura do Monarca, acontecimento, este, oriundo do sistema de Vassalagem, pois apesar de cada vassalo ser soberano em sua terra, o suserano era soberano sobre todos aqueles e, no desenvolvimento histórico, aquele que antigamente era chamado de Suserano passou a ser denominado Rei, tal fato ocorreu em vários países da Europa e a partir daí todo o poder estatal passou a ser condensado na pessoa do Rei, como por exemplo, Luís XIV da França que, no auge do absolutismo proferiu a insígnia frase “*Le ’État c’est moi*” que em português significa dizer o Estado sou eu. A vetusta proposição exemplifica o tamanho do poder que tal classe detinha.

No entanto, na Inglaterra, a partir do século XIII, a monarquia experimentava uma limitação que provinha de uma carta, a “*Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*”, isto é, Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdade da igreja e do reino inglês (COMPARATO, 2011, p.83).

Diante das políticas tributárias do rei João Sem-Terra, os Barões entraram em conflito com o monarca e, após ocuparem Londres, o rei se rendeu à vontade daqueles e assinou o diploma que pode ser conceituado como um protótipo de Constituição, pois, a partir de então foi outorgado à monarquia as primeiras liberdades públicas. Essas garantias são classificadas como direitos fundamentais de primeira dimensão, como bem assevera o Luiz Alberto David Araujo (2013, p.159) esse tipo de geração de direitos fundamentais é caracterizado por sua preocupação que “é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal”.

Em tal diploma observamos os princípios do surgimento da anterioridade tributária como também o ideal significativo do princípio da legalidade, segundo o qual, ninguém será obrigado a fazer algo a não ser em virtude de lei, também assegurou o direito à propriedade bem como o princípio do “*due process of law*”. (COMPARATO, 2011, p. 93-95)

Tamãha é a importância da Magna Carta que a partir do momento em que foi assinada apresentou direitos de repetição obrigatória nos próximos documentos que surgiram, que não apenas os reproduziam, como também os evoluíram criando cada vez mais direitos e garantias e que atualmente devem necessariamente ser observados pelo poder estatal.

Ainda não existia sequer uma espécie de constituição nos moldes da que conhecemos dos dias atuais, posteriormente, passados 11 anos da independência das Treze Colônias americanas foi que surgiu o primeiro documento que afirmava princípios democráticos, observa-se que a Declaração da Independência é o “primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social” (COMPARATO, 2011, p.119)

Os outros diplomas que vieram ulteriormente como Declaração de Direitos Da Revolução Francesa e a Constituição Francesa de 1848, a Constituição de Genebra de 1864, a Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919 cada vez mais se aproximavam do conceito de constituição que temos hoje.

Constituição é, portanto, um documento solene que traz em seu corpo direitos e garantias individuais e coletivas bem como a organização do estado, limitando e organizando suas prerrogativas e garantindo um bem-estar social.

DA CONSTITUIÇÃO FORMAL E DA CONSTITUIÇÃO MATERIAL

166

As constituições se dividem entre constituição formal e constituição material, será material quando se limitar em legislar as competências dos órgãos dos três poderes da união, estabelecendo limites para a influência estatal, protegendo e assegurando direitos inerentes ao homem, bem como trazendo princípios e garantias que regem todo o ordenamento jurídico. Paulo Gustavo define o tema da seguinte maneira:

Dessa forma, a Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso configura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionistas e de prestador de serviços. (GILMAR, 2015, p.56)

Como podemos perceber, as constituições materiais apenas tratam de conteúdos necessários e obrigatórios tanto para a sistematização estatal como também para regular as relações privadas dentro de uma coletividade evitando eventuais lesões aos direitos fundamentais. O exemplo clássico que podemos citar é a constituição Americana de 1787.

Quanto ao segundo tipo de Lex Máxima, constituições formais, são aquelas escritas e elaboradas de acordo com um procedimento específico positivando normas superiores do

ordenamento jurídico pouco importando seu conteúdo, e partir do momento em que se adere ao Texto Magno ganham status constitucional.

Como foi dito, quando estão unidas no texto constitucional normas que vão além da estrutura estatal e dos direitos e garantias fundamentais, estas se classificam como formal, sendo assim, tal conceituação gera a necessidade de uma nova classificação quanto ao conteúdo, a doutrina aponta dois perfis de normas, as materialmente constitucionais e as formalmente constitucionais. As normas constitucionais que apresentam apenas prerrogativas estatais no que tangem a separação dos poderes e sua organização e direitos e garantias individuais são materiais, quando ao segundo tipo, são aquelas que adquirem tal status assim que se aglutina na Constituição.

Para melhor explicar o tema, a constituição Brasileira de 1988 apresenta nos títulos II, III e IV, respectivamente, direito e garantias fundamentais, organização do estado e organização dos poderes, estes capítulos estão recheados com normas materiais, e por decorrência lógica são também normas formais, haja vista que toda norma materialmente constitucional é formalmente constitucional, no entanto, o inverso não é verdadeiro, diante do exposto, o artigo 242, §2º apresenta uma norma notoriamente e unicamente formal, pois se encontra internamente à lei maior, e apesar disso não apresenta carácter material dado a sua pouca importância ao âmbito constitucional.

Importantíssima essa classificação pois o objeto de estudo deste artigo relaciona com a constituição Brasileira de 1988 que é claramente uma espécie de Constituição total, com todo conteúdo formal, embora tenha em seu conteúdo dispositivos que poderiam ser colocados na legislação infraconstitucional.

DA VIGÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Vigência não é sinônimo de eficácia pois em muito se diferem, levando em conta que o direito é uma ciência e sendo assim exige um rigor conceitual, será de extrema importância definir a diferença entre vigência e eficácia para a posterior análise da classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva.

Antes de mais nada, para uma norma ter vigência ou eficácia ele deve ser válida, e o entendimento por norma válida gera um conceito muito amplo para ser dissecado, à vista disso, Maria Helena Diniz distingue a validade entre constitucional, formal e fática. (2003, p.25)

A validade constitucional de uma norma, acontece quando o texto normativo obedeceu aos parâmetros dados pela Constituição e não entra em choque com a matéria

constitucional, pois, caso contrário tal norma seria inconstitucional. Já a validade formal, ou também conhecida como técnico-jurídica, é aquela que tem vigência *lato sensu*, ou seja, foi promulgada por representantes do povo obedecendo o procedimento legislativo que é fornecido por uma lei maior e que não foi revogada. Sendo assim, a norma constitucional originária é incompatível com a validade formal, uma vez que, funda-se em sua própria norma, é uma norma-origem, é soberana, eis que este não é este o caso. Para a norma obter validade formal ela precisa estar dentro dos parâmetros e procedimentos de uma lei superior. (DINIZ, 2003, p.26)

A conceituada autora continua dizendo que além da vigência *lato sensu* existe também a vigência *stricto sensu*, que se encontra preceituada no primeiro artigo da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, a norma, via de regra, passa a vigorar em todo o país a partir de 45 dias depois de oficialmente publicada. Sendo assim, pode ocorrer casos em que a norma tenha vigência *lato sensu*, mas não ainda não esteja em vigor, e quando isto ocorre, a partir de então, a norma passa a ter força vinculante a toda população abrangida pelo território que a elaborou.

Não se deve confundir vigor com vigência, esta, nasce quando a norma obedece ao sistema legislativo, não confrontando a lei superior a qual ela se reporta desde que não seja revogada, já o vigor pode, excepcionalmente, continuar, caso ocorra a revogação, tendo em vista o artigo 5º, XXXVI que expõe que a lei não prejudicará o deito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (DINIZ, 2003, p.29)

O vigor vai além da vigência, sendo uma terceira fase da norma, primeiro ela deve passar por todo o processo de sua elaboração respeitando a norma superior a qual se subordina (vigência *lato sensu*), posteriormente passará a vigorar, via de regra, em 45 dias após a sua publicação (vigência *stricto sensu*), só assim adquirirá vigor. À vista disso a validade formal é um pressuposto para o vigor da norma, no entanto nela não está vinculado. A segunda fase, isto é, vigência *stricto sensu*, e a terceira fase ocorre no mesmo momento, porém caso a segunda deixe de existir, como por exemplo a norma seja revogada, a terceira continua emergindo forças para proteger a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

A validade fática é nada mais que a eficácia, e quanto ao estudo da eficácia trataremos no próximo capítulo.

DA EFICÁCIA DAS NORMAS

Por norma entende-se algo que deve ser, algo que tem força coerciva obrigando, disponibilizando, proibindo, ou permitindo alguém a praticar determinada conduta, a norma,

portanto, se localiza no âmbito do dever ser, muito complexa é a análise do ser e dever ser, primeiro ponto importante a destacar é que o ser nem sempre se confunde com o dever ser, o “ser” pode coincidir com o “dever-ser” e isto ocorre quando a pessoa observa as diretrizes da norma e passa a se comportar daquela maneira, já o “ser” pode não se comportar como deve ser, porém, o “dever” é destinado a um “ser” e se este não passa a se determinar da maneira que deve haverá uma consequência, isto é, uma sanção.

Kelsen (1998, p.7-8) deixa bem claro que a norma não é apenas algo escrito e consolidado em um documento solene, ela se transpõe de pequenos gestos, atos como o do guarda de trânsito que dá o sinal de parada assim como o de prossiga, o olhar imperativo de uma mãe pedindo para que seu filho se comporte de maneira adequada e entre outras coisas, mesmo tais normas não possuindo aquele padrão que erroneamente é vista ela é um dever ser, veja que é um pleonasma afirmar que a norma impõe um “dever ser” o dever é algo imposto à alguém, a norma é de fato um dever ser, e esse fruto da norma vincula a qualquer um que esteja sobre seu égide.

Seguindo a linha de pensamento do referido autor, a ordem de o traficante que ordena a entrega de determinada quantidade de entorpecentes para seu fornecedor em nada se difere com a de um empresário que ordena a entrega de matéria prima para continuar a linha de produção de sua empresa, ambas são normas, no entanto, é necessário ver a norma com um “dever-ser objetivo”, como uma norma válida, subjetivamente falando qualquer norma é norma, mas com um olhar objetivo, isto é, observando a sua validade, a norma só será norma válida quando tiver validade constitucional, validade formal e vigor. (KELSEN, 1998, p.9)

No entanto dizer que uma norma é validade é diferente do que dizer que uma norma é de fato aplicada e respeitada, Kelsen chega a assumir que entre a vigência e a eficácia possui um certo elo de ligação, pois a eficácia só passará a existir quando a norma for objetivamente válida, para ele, uma norma não “efetiva” não é uma norma válida. Data máxima vênia, há casos em que apesar da vigência da norma ela não tenha eficácia plena, sequer parcial, isto é decorrente de vários fatores como a omissão do poder estatal em fiscalizar e aplicar sanções, do uso e dos costumes de determinada população e etc. No entanto, tal pensamento é correto ao ser aplicado no âmbito constitucional pois sendo a Magna Carta a lei suprema do estado pela qual é representada a sua soberania, a norma constitucional possui eficácia plena, visto que, caso alguma lei infraconstitucional conflitar com a Lex Máxima, deverá haver controle constitucional sobre aquela.

Chegamos a um ponto importante, considerar a norma constitucional como eficácia plena, pois só a partir daí conseguiremos distinguir a eficácia de aplicabilidade das normas

constitucionais. José Afonso da Silva, na sua excelentíssima obra de monografia trouxe a doutrina a mais completa classificação das normas constitucionais, que será usada em todo o desenvolver deste trabalho.

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo um pouco do estilo constitucional americano ao ostentar princípios e dispositivos lacunosos que apenas com a ação positiva do legislador esses princípios teriam aplicabilidade plena, a Declaração de Direitos de Virgínia serve para demonstrar algumas características em que temos em comum. O texto de George Mason que foi elaborado em 1787 (COMPARATO, 2010, p.127) dispõe no parágrafo primeiro o celebre princípio da igualdade e atribui a todos direitos inerentes a pessoa humana que não devem ser violados, em nossa Carta Magna há, também, dispositivos semelhantes, estes são encontrados em seu artigo 5º existe o reconhecimento do princípio da isonomia bem como a atribuição e garantia de direitos intrínsecos do homem.

É mister não olvidar que, em que pese esses direitos serem a base do estado democrático de direito são por demais lacunosos, vejamos, não é tão simples assegurar a igualdade em uma sociedade tão heterogênea, seria necessário, como diz a vetusta frase, tratar os desiguais desigualmente e os iguais igualmente na medida de sua desigualdade, sendo assim é necessário a interferência legislativa trazendo parâmetros para o bom uso do princípio.

No entanto, nossa Constituição também carrega normas que não necessitam de mediação do poder legislativo, são as normas bastante em si, e também há aquelas que ao regulamenta-las será perdido um pouco de sua aplicabilidade, por isso que nossa constituição não é classificada como sintética, mas sim como analítica já que ao tratar de regulamentações que poderiam ser feitas por lei ordinária ou complementar torna seu texto denso.

Para José Afonso da Silva, as normas se dividem em normas de eficácia plena, contida e limitada, esta última espécie se divide entre norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo e programático. No entanto, entendemos que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia plena, elas se diferem no tocante a sua aplicabilidade, tal classificação será trabalhada ao decorrer do texto.

A primeira da classificação são as normas de aplicabilidade plena, possuem como característica básica a sua auto aplicação, isto ocorre quanto sua “regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a ser seguir”. (SILVA, 1999, p.99). Sobre esse tipo de norma não é necessário a interferência do legislador,

no entanto a sua observância é necessária.

Segundo o pensamento do autor, as normas de aplicabilidade plena são,

Aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte direta e normativamente, quis regulamentar. (SILVA, 1999, p. 101)

Alguns exemplos que podemos extrair do texto constitucional são a proibição da cassação dos direitos políticos, a formação da República Federativa do Brasil pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, a alternância de poder a cada quatro anos, a gratuidade do casamento civil e etc.

A constituição apresenta um grande rol de normas de aplicabilidade plena, podemos identifica-las facilmente quando apresentarem vedações ou proibições, prerrogativas e condições, competências e incompetências, e o mais importante, aquelas não necessitam de elaboração legislativa para sua complementação pois já são plenas. (SILVA, 1999, p. 101)

Passando a diante, a segunda espécie de normas constitucionais são as de aplicabilidade contida, geralmente estas reclamam uma intervenção legislativa futura, esse tipo de norma constitucional pode até mitigar direitos fundamentais como bem observamos no artigo 5º, XIII da Constituição, apesar de ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão estes devem atender as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

José Afonso da Silva expõe que esse tipo de norma tem eficácia plena até o momento em que o legislador intervém e a limita através de uma lei infraconstitucional, no entanto, com a devida *vênia*, como foi dito anteriormente todas as normas constitucionais tem eficácia plena, visto que a Lex Máxima é um diploma normativo em que está consolidado a soberania do Estado contendo normas que devem ser observadas por todos, logo, não há como afirmar que uma norma constitucional tenha eficácia limitada em nenhuma ocasião, destarte, não usamos a nomenclatura que o autor usa e sim o a palavra aplicabilidade, pois essa sim pode ser reduzida com a interferência do legislador.

Usando o exemplo citado acima, ninguém poderá restringir o trabalhador de exercer sua atividade laboral a não ser a lei, tal dispositivo traz em seu conteúdo o princípio da legalidade, haja vista que apenas a lei no sentido formal poderá limitar a sua aplicabilidade, e a partir de então haverá uma mitigação no seu uso, todavia, sua eficácia continua sendo plena, uma vez que, se por ventura uma norma infraconstitucional proibir o exercício livre de todas as profissões, notar-se-á sua evidente inconstitucionalidade.

As normas de aplicabilidade limitada são todas aquelas que não produzem os seus efeitos no mundo fático de imediato, necessitando um comportamento do legislador. São mais complexas e merecem serem conceituadas de maneira adequada e completa.

Diferentemente das normas de aplicabilidade contida, aquela não tem a sua aplicabilidade reduzida com a ação legislativa, mas sim aumentada, ou seja, a partir do momento em que uma lei a regula com bases em suas premissas prefixadas, ela passa a produzir maiores efeitos no mundo fático, geralmente esse tipo de dispositivo constitucional vem com instruções para a estruturação de instituições, órgãos ou entidades, ou com apenas princípios basilares para a elaboração de uma regulamentação futura. (ARAUJO, 2012, p.56)

Tais tipos de normas são também chamadas de normas princípios. Passemos, então, ao estudo superficial do conceito de princípio. O assunto é de suma importância, pois a inobservância desta conceituação pode acarretar confusão na hora de classificar a norma constitucional, sendo assim, antes de mais nada deve-se entender o que é um princípio.

Princípios são normas finalistas, é um final que regula uma aplicação prática como o pretendido, Humberto Ávila na sua extraordinária obra os definem como “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização” (ÁVILA, 2005, p.72) não há como conceituar plenamente abrangendo todas as hipóteses de aplicação, pois tal concepção é até hoje estudada pela doutrina, haja vista seu carácter extremamente amplo.

A palavra princípio sozinha tem significado diferente da usada juntamente com normas, no que tange as normas princípio, é a ideia de começo, de início, é a norma norteando o legislador que com uma ação positiva estabelecendo no âmbito infraconstitucional o resultado final com base nos princípios preestabelecidos. (SILVA, 1999, p.119)

Mas ainda assim a classificação não se faz por satisfeita, haja vista que ainda se situa em um estado amplo e pouco específico, visando a melhor categorização o autor as divide em duas naturezas diversas. As normas de aplicabilidade limitada de princípios institutivo são assim chamadas pois estabelecem um preâmbulo para a criação de órgãos, instituições ou entidades, devido a isto são chamadas também de normas de princípios orgânico ou organizativo.

Em alguns casos essa premissas são bem amplas deixando gigante espaço para atuação legislativa como nota-se no artigo 18, §2º, “os territórios federais integram a união, e sua criação, transformação em estado ou reintegração ao estado de origem serão reguladas em lei complementar”, no entanto, em outros casos essa margem para o exercício legislativo

é pequena, deixando ao legislador apenas a competência para estabelecer preceitos subsidiários, como é o caso do artigo 161: “Cabe a lei complementar: I- definir o valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, II-estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159 especialmente sobre os critérios desse rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios; III-dispor sobre o acompanhamento , pelos beneficiários, do cálculo das quotas referentes aos fundos de participação previstas no art. 157,158 e 159. (SILVA, 1999, p.121-126).

Ademais, esse tipo de normas de aplicabilidade limitada podem ser divididas em duas categorias, as impositivas, isto é, que necessitam de um comportamento obrigatório do legislador ou as facultativas que como diz o nome, é facultado ao legislativo elaborar a complementação da norma constitucional ou não, todavia, mesmo possuindo um carácter impositivo, em alguns casos, não observamos sua efetiva observância, pois não há no ordenamento jurídico uma sanção capaz de obrigar a máquina legislativa funcionar, nem mesmo o judiciário, tendo em conta que um comportamento autoritário da jurisdição, em que pese a possibilidade de sanar a inconstitucionalidade por omissão, iria confrontar o princípio basilar democrático Brasileiro da tripartição dos poderes. No entanto, levando-se em consideração que mesmo a norma de aplicabilidade limitada possui eficácia plena, legitimando o ativismo judicial que é capaz de suprir parcialmente essa omissão legislativa sem nenhum tipo de afronta à harmonia entre os poderes, tal assunto será melhor abordado no próximo capítulo apresentando os meios para amparar a o descuido do legislador infraconstitucional.

Prosseguindo, existem também as normas de aplicabilidade limitada de princípios programáticos, estas são normas que foram traduzidas no texto constitucional em linhas abstratas, isto é, em princípios, há apenas o delineamento amplo do tema a ser abordado, as normas programáticas são:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1999, p. 138).

Quanto a sua vinculação ao legislativo as normas constitucionais de aplicabilidade limitadas de princípio programático se diferem do institutivo pois não há faculdade para a

elaboração de norma que vise a complementar seu conteúdo sendo assim, apenas apresenta carácter imperativo. Essas normas não bastam em si buscam que o legislador ordinário regulamente a vontade do Poder Constituinte Originário.

Alguns exemplos são o artigo 7º, XI, “participação nos lucros, ou resultados, desvinculados da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa conforme definido em lei”, artigo 21, IX “compete a união: I- Elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;” e etc.

OMISSÃO LEGISLATIVA E A VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR

Como vimos acima, as normas de eficácia limitada de princípios institutivos e programáticos, devem, obrigatoriamente, serem observadas pelo legislador, no entanto nem sempre é assim, para suprir essa cratera legislativa muitas vezes recorremos ao judiciário, que apesar de, necessariamente, ter que respeitar os parâmetros estabelecidos pela constituição que em seu artigo 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o executivo e o Judiciário”, o judiciário não pode intervir no poder legislativo e obrigar o legislador a elaborar a norma complementar lacunosa.

174

No entanto, a constituição apresenta meios para uma solução pacífica e sem interferir na harmonia dos poderes, o primeiro e mais limitado é o mandado de injunção, está estampado no artigo 5º, inciso LXXI, seu texto é o seguinte: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos de liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Outro mecanismo que também pode ser usado é a ADI por omissão, ambos os mecanismos serão estudados em tópicos futuros. Percebe-se que o legislador constituinte municiou a Lex Máxima com meios para que haja a devida observância das normas carentes de complementação.

MANDADO DE INJUNÇÃO

Muito debatida é a origem do mandado de injunção, alguns autores colocam como ponto inicial desta ação constitucional o “*writ of injunction*” presente no direito norte americano, tal instrumento era usado quando a norma não era capaz de destrinchar todas as possibilidades de sua aplicação pois era lacunosa ou insuficiente para seu efetivo uso, em

oposição à esses autores, outros apresentam sua raiz nos instrumentos existentes no clássico direito português que serviam apenas para notificar o poder que estava sendo omissos. (MORAIS, 2011, p.180)

O mandado de injunção elaborado pelo legislador pátrio não corresponde com os mecanismos existentes em tempos atrás, toda essa ideia de omissão legislativa, norma insuficiente para descrever corretamente a sua finalidade, através de um gigantesco aprimoramento e há pouco tempo atrás ainda seu conceito, finalidade e estrutura evoluíram e nada obsta que uma nova forma de interpretar o seu dispositivo surja.

Atualmente conceitua-se tal instrumento como um meio que visa perfazer a inércia legislativa que frustra o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tal apetrecho constitucional, de acordo com Alexandre de Moraes, só pode ter como objeto as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de carácter impositivo e das normas programáticas relacionadas com o princípio da legalidade. (2011, p.182), no entanto, com a devida *vênia*, já observamos que tal denominação não é a mais correta a ser usada, haja vista que o conceito de eficácia é muito mais amplo do que os usados por autores renomados, como, por exemplo, José Afonso da Silva. Adiante, sugerimos, novamente, a substituição do termo eficácia por aplicabilidade.

Há também de salutar que não é necessário que a norma seja totalmente omissa, basta a sua parcial omissão para, eventualmente, tornar-se objeto de um Mandado de Injunção. (MENDES, 2015, p.1226)

Poderá haver casos em que o legislador diante da pressão popular após uma notificação do poder Judiciário da carência de norma regulamentadora de determinado dispositivo, venha a editar uma norma parcial, não exaurindo todas as regulamentações que deveriam ser feitas, diante dessa simulação de regulamentação é onde que se origina a legitimidade para a propositura de um *Writ of Injunction* para sanar a omissão legislativa parcial. (ROTHENBURG, 2005, p. 67)

Quanto ao seu alcance, alguns doutrinadores observa que a partir do momento em que o legislador constituinte expos no final do artigo 5º, LXXI, que só será cabível nos casos de falta de normas regulamentadoras de prerrogativas constitucionais inerentes a nacionalidade, cidadania e cidadania, tal fato restringe por demais o âmbito de atuação desse mecanismo, quanto a nacionalidade podemos apontar normas presentes no artigo 5º e aqueles presentes no capítulo III do título II, quanto a soberania e cidadania seriam aquelas que se encontram no capítulo IV do título II da Constituição Federal.

À vista disso, alguns doutrinadores defendem que os direitos sociais, por exemplo, sendo esses muito carentes de norma regulamentadora, não estão abrangidos por tal instrumento, fazendo-se necessário o uso de outro meio, este seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No entanto, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, discorda desta posição restritiva ao seu uso dividindo como objeto legitimador de seu uso os direitos constitucionais, as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania. (1999, p.58).

A nosso ver, tal entendimento é o mais adequado, haja vista que a finalidade do Mandado de Injunção é justamente esta, garantir que a omissão legislativa não traga prejuízos a população, não devemos, destarte, interpretar tal dispositivo restritamente, deste modo os direitos sociais ou também como são chamados de direitos de segunda geração passariam a se abrigar no manto de proteção do Mandado de Injunção contra o desleixo legislativo. Não só os direitos sociais, mas como outros inúmeros outros direitos que são regulamentados por normas de aplicabilidade limitada que estão estampados na Magna Carta.

O conceito está despretensiosamente exposto, sendo assim, adentraremos no estudo de seus efeitos no mundo jurídico, porque só desta maneira entenderemos como, embora a norma possua aplicabilidade limitada, sua eficácia será sempre plena. Como dito anteriormente tal dispositivo vem sofrendo modificações em sua aplicação ao longo do tempo, Gilmar Mendes, em sua inigualável obra de Direito Constitucional, descreve uma evolução da jurisprudência do Pretório Excelso quando as suas medidas de vincular o legislador a sua decisão e não afrontar a harmonia entre os três poderes.

Em primeiro momento, o Supremo Tribunal federal começou a estipular prazos para que “fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados” (MENDES, 2015, p. 1226), isto ocorreu no Mandado de Injunção nº 283, posteriormente no mesmo instrumento nº 232, foi estipulado prazo de 6 meses para que o poder legislativo editasse a norma sob pena de o requerente passar a gozar da imunidade referida no artigo 195, §7º da Constituição Federal, o dispositivo tratava da isenção de contribuição social para as entidades beneficentes que atendessem as exigências estabelecidas em lei, é uma clássica norma de aplicabilidade limitada de princípio institutivo que necessita de uma regulamentação e que não existe até os dias atuais.

Ambas maneiras de vincular o legislador em sua decisão são respeitáveis, mas o julgamento que obteve pujante importância foi o Mandado de Injunção nº 758 quando a mais alta corte Jurisdicional aceitou por unanimidade a aplicação analógica do artigo 57, §1º da

Lei nº 8213/91, como meio de suprir a omissão legislativa do artigo 40, §4º da Constituição Federal.

Em todos esses casos o Judiciário se sentiu ineficaz em apenas notificar a mora da elaboração da norma regulamentadora ao legislativo, a mera declaração da omissão é insignificante pois não possui um carácter impositivo ao legislador, sendo assim, foi necessário o uso de modalidades assecuratórias para a efetivação do direito positivado no texto Magno.

A partir de então, a aplicação analógica de leis foram se tornando razoáveis aos olhos dos Ministros, pois, deixar o exercício de uma direito Constitucional ao bel-prazer do legislador é incoerente com o ideal de estado democrático, à vista disso, no Mandado de Injunção n.20 a Corte, em seu primeiro precedente sobre o assunto da greve no âmbito dos servidores públicos, entendeu que não seria possível o exercício do direito à greve dos servidores públicos até o momento em que uma lei regulamentadora fosse elaborada, sendo assim, meramente declararam a mora legislativa.

Posteriormente verificando a excessiva morosidade legislativa a corte entendeu que seria necessário a adoção de um meio mais contundente para a efetivação de um direito, como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes em seu voto apresentado no Mandado de Injunção nº 670 expos que:

(...) tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. (GILMAR, 2015, p.1233)

Verificamos, mais um vez, que a norma, em pese sua aplicabilidade limitada, consegue mostrar a sua eficácia independentemente da ação positiva do legislador e do judiciário, haja vista que no caso de uma lei ordinária proibir o direito de greve dos servidores públicos estará estampado em sua essência a sua inconstitucionalidade, sendo assim, observamos um dos mais importantes fenômenos da norma constitucional, a sua eficácia que se manifesta de diversas maneiras, no caso em questão, foi necessário a intervenção judiciária para a efetivação do direito de greve aos servidores públicos, isto é, houve a inevitabilidade de usar de um método apto de reafirmação de sua eficácia, que, com o perdão da redundância, sempre será plena.

É mister ressaltar que diferentemente de outros casos, esta decisão foi de cunho *erga omnes*, (GILMAR, 2015, p.1236) pois aplicar analogicamente uma lei em face da omissão

legislativa gera efeitos para todos aqueles que se encaixam naquela situação, destarte, é possível discorrer sobre uma paulatina evolução das garantias de efetivação dos direitos constitucionais dispostos em normas de eficácia limitada.

Posto isto, passaremos à análise de outra maneira de ressaltar a eficácia da norma constitucional, são vários os aspectos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, passaremos, portanto, ao seu estudo.

AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Trata-se de um meio mais abrangente de que tem como objeto, pois “todo ato omissivo do poder público que inviabilize a efetividade de uma norma constitucional está sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade” (JÚNIOR, 2004, p.543)

Nesse tipo de instrumento há não apenas o controle de inconstitucionalidade decorrente da omissão do legislador, há também o controle de atos administrativos, no entanto, cabe a nós analisarmos apenas o aspecto da omissão da norma constitucional. Neste último caso nos deparamos novamente com o seguinte problema: no texto constitucional que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão apresenta como consequência a mera declaração da mora legislativa ao órgão competente e se este for administrativo estará vinculado ao prazo de 30 dias para sanar o problema.

Como bem observa Gilmar Ferreira Mendes:

(...) a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitui um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só a questão concernente à concretização da Constituição pelo legislado e à eficácia das normas constitucionais. A ADO desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. (GILMAR, 2015, p.1195)

Posto isto, é turístico discorrer que diante da simples omissão do legislador configura-se o estado de inconstitucionalidade, e este é o sinal verde para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, sendo este um instrumento mandamental que vem como reforço da imperatividade das normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico Brasileiro possui em seu mais auto escalão, assim como a maioria dos outros estados, a Constituição Federal, este status que a ela é conferido não é à

toa, haja vista que se assim não fosse, viveríamos em uma enorme insegurança jurídica decorrente da falta de controle constitucional.

Sendo assim, vemos que a norma constitucional possui algo a mais que as outras, o motivo de ser hierarquicamente superior é a sua imperatividade, independentemente de sua natureza, pois não existe norma destituída de eficácia não encontraremos em nenhuma norma constitucional meros dizeres, conselhos ou lições, aquele velho brocardo difundido entre os Professores de direito Constitucional, “*a constituição não contém palavras inúteis*” vem muito a calhar por tratar de uma forma sintetizada de expressar a mais sublime característica da norma constitucional: a sua eficácia, esta, em que pese alguns doutrinadores a dividem em três, plena, contida e limitada, para nós, diante de todo o exposto, verificamos apenas um tipo de eficácia, a plena e assim sempre será.

O Mandado de Injunção bem como a ADI por omissão são instrumentos através dos quais a aplicabilidade da norma constitucional é assegurada, pois, levando-se em conta a sua plena eficácia, não poderíamos aceitar um comportamento omissivo do legislador descumprindo a Carta Suprema Brasileira, uma vez que, se o legislador constituinte deixou normas carentes de aplicabilidade com o dever de ser regulamentadas pelo infraconstitucional é porque ele viu a necessidade de adequar a norma às condições sociais e governamentais do momento em que for regulamentada e não porque delegou a sua eficácia ao arbítrio dos próximos legisladores.

O mais alto documento Brasileiro deve ser respeitado haja vista sua superioridade sobre todas as outras normas, quanto a suas normas estas são detentoras de imperatividade e vinculação do legislador, judiciário e executivo, ainda mais do que as infraconstitucionais. A partir do momento em que outras leis inferiores à Carta Magna se reporta diretamente a esta, verifica-se de pronto a sua efetividade, que não se confundi com sua aplicabilidade, pois esta sim, nos casos de aplicabilidade contida e limitada, está vinculada ao poder legislativo.

REFERENCIAL

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Teoria geral do Estado**, 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

ARAÚJO, Luis Alberto David, VIDAL, Serrano Nunes Júnior, **Curso de direito constitucional**, 17. ed., São Paulo: Verbatim, 201.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena, **normas constitucionais e seus efeitos**, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 37. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**, 1 ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**, 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**, 1 ed., São Paulo: Atlas, 1999

ROUTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de sujeito**, 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

APATRIDIA: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

Kesia Rocha NARCISO¹³

RESUMO

O artigo tem por objetivo discutir sobre Apatridia, ao analisar o ser humano apátrida e o tratamento dado em Direitos Humanos a estes pretende apresentar um breve estudo sobre o amparo ao apátrida, qual a relação do Direito Internacional com a Apatridia e enfatizar os direitos dos apátridas no rol dos Direitos Humanos. Expor as teorias de critérios de nacionalidade e cidadania, e o posicionamento do Brasil diante dessas classificações e dos apátridas. Definir e justificar tal tema, ressaltando a importância em analisar o Estado das pessoas apátridas e em possibilitar que os Direitos Humanos não alcance apenas cidadãos, mas também aqueles que por algum motivo não puderam se enquadrar nesta qualificação. Ao final, enfatiza o papel do Estado em prol da redução e prevenção dos casos de Apatridia. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo; uma breve análise histórica e comparação de teses doutrinárias para sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Nacionalidade. Apatridia. Existência. Liberdade.

ABSTRACT

The article aims to discuss Statelessness, when analyzing the human being stateless and the treatment on Human Rights to these plans to present a brief study on the protection to stateless person, what is the relationship of international law to the Statelessness and emphasize the rights of stateless persons in the list of human rights. Exposing the theories of nationality and citizenship criteria, and Brazil's position on these classifications and stateless persons. Define and justify such a theme, emphasizing the importance of analyzing the status of stateless persons and enable human rights not only reach citizens, but also those who for some reason could not fit this qualification. In the end, we want to emphasize the role of the state in favor of the reduction and prevention of cases of Statelessness. Therefore, bibliographical research was carried through the deductive method; a brief historical analysis and comparison of doctrinal theses for their achievement.

KEYS-WORDS: Human Rights. Nationality. Statelessness. Existence. Freedom.

INTRODUÇÃO

A apatridia é um problema secular e de grande relevância no que tange aos direitos humanos e a liberdade de escolha por se tratar da inexistência do estado de nacionalidade. Os apátridas sofrem com essa categoria, e muitas pessoas não tem conhecimento de que essa condição humana existe.

¹³

Estudante de Pós-graduação - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ.

Destarte, é de suma importância analisar o estado das pessoas nestas condições e possibilitar que os direitos humanos não alcancem apenas nacionais, cidadãos, mas também aqueles que, por algum motivo, não puderam se enquadrar nestas qualificações.

No presente trabalho se analisará o ser humano apátrida sob a perspectiva dos Direitos Humanos, tutelado internacionalmente, como pode se observar na Convenção Americana de Direito Humanos, considerando a fundamentalidade do direito de nacionalidade e a sua grave violação.

Buscar-se-á a definição da apatridia contrapondo-a com as figuras análogas, bem como abordar-se-á, ainda que horizontalmente, os princípios que norteiam os direitos humanos internacional sob a perspectiva do instituto em tela e o sistema de concessão de nacionalidade diante da apatridia.

Diante do reconhecimento da Apatridia, buscar-se-á analisar a posicionamento do Brasil em relação à questão, bem como a situação dos apátridas no âmbito internacional e a adesão aos instrumentos normativos internacionais.

Abordar-se-á, ainda, a liberdade de existência e a autonomia de escolha do indivíduo ante a apatridia, verificando-se a possibilidade de amparo aos apátridas e a concessão de nacionalidade por intermédio do Brasil por meio de instrumentos normativos de Direito Internacional.

Considerando os princípios que regem a ordem internacional e a preocupação com a definição e outros aspectos relacionados aos apátridas, far-se-á necessária uma análise de pontos que sejam relevantes ao combate à apatridia, bem como a garantia às pessoas apátridas.

O papel do Brasil no combate a apatridia, no desenvolvimento do Direito Internacional e no que diz respeito a sua participação nos tratados de Direitos Humanos, é de fundamental importância para se compreender seu posicionamento ao julgar casos de apátridas.

Por sua vez, examinar-se-á as possíveis soluções e a viabilidade dessas para redução dos casos de apatridia apontadas pelo Direito Internacional, bem como a restrição do constrangimento para receber uma nacionalidade, e aquisição pelo apátrida do sentimento de inclusão para participar de um conjunto de pessoas formando uma sociedade mais justa, igualitária, solidária e livre.

Buscar-se-á trazer à baila a realidade enfrentada pelos apátridas que, não raramente, está adormecida nos braços do esquecimento, situação capaz de reduzir a condição pessoa humana desses indivíduos, a sua liberdade de ser reconhecido não apenas como pessoa

humana, mas como nacional de forma a poder exercer seus direitos fundamentais e, conseqüentemente, o tão sublime direito da dignidade da pessoa humana.

DIREITO INTERNACIONAL

Precipuamente convém conceituar o direito internacional *latu sensu* como “[...] o conjunto de princípios e normas, positivos e costumeiros representativos dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito da sociedade internacional¹⁴”.

O direito internacional se divide em Privado e Público, sendo que aquele se apresenta “[...] quando tratar da aplicação, a particulares sujeitos a um determinado Estado, de leis civis, comerciais ou penais emanadas de outro Estado¹⁵” e este último que de fato interessa ao desenvolvimento do presente trabalho, se mostra “[...] quando se referir aos direitos e deveres dos próprios Estados em suas relações¹⁶”, ou seja, estuda as relações internacionais sob a perspectiva de um “[...] conjunto de princípios, regras e normas que regulam as relações dos Estados entre si ou com outros entes dotados de autodeterminação¹⁷”.

Valério de Oliveira Mazzuoli explica que o Direito Internacional Público pode ser definido como “[...] a disciplina jurídica da sociedade internacional” e frisa que numa definição mais abrangente (e mais técnica), pode ser conceituado como “o conjunto de princípios e regras jurídicas [...] que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional” que é formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e pelos indivíduos, e complementa que tem como objetivo “alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais¹⁸”.

O direito internacional público não é tão remoto, porém, não essencialmente atual, seu surgimento é resultado da necessidade de adequação aos fatores sociais, políticos,

14 NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**. Coleção OAB Nacional, 1ª fase, 3ª ed. rev. atual. e ampl. . (Coords.) FIGUEIREDO, F. V.; CASTELLANI, F.F.; COMETTI, M. T. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

15 NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**. Coleção OAB Nacional, 1ª fase, 3ª ed. rev. atual. e ampl. . (Coords.) FIGUEIREDO, F. V.; CASTELLANI, F.F.; COMETTI, M. T. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

16 NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**. Coleção OAB Nacional, 1ª fase, 3ª ed. rev. atual. e ampl. . (Coords.) FIGUEIREDO, F. V.; CASTELLANI, F.F.; COMETTI, M. T. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

17 SILVA, Edson Jacinto da. **Instituições de Direito Público e Privado**. Campinas/SP: LZN Editora, 2003, p. 53.

18 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62-63.

econômicos e religiosos da Idade Média, surgindo como ciência autônoma e sistematizada, apenas entre o fim e o início dos séculos XVI e XVII¹⁹.

A evolução do Direito Internacional deu-se em sequência, não havendo interrupção entre seus estágios, onde cada período decorria do anterior para seu prosseguimento, como também seus princípios se estendiam, modificando-se com a necessidade exigida pelo momento em decorrência do passar do tempo e da modificação das necessidades²⁰.

No mesmo sentido evidencia Valério Oliveira Mazzuoli que as divisões que se pretendiam dentro do Direito Internacional Público, se superaram passando este a compor “[...] uma unidade harmônica de normas (escritas ou costumeiras) reguladoras das atividades dos Estados, das Organizações Internacionais e dos próprios indivíduos, no plano internacional²¹”. Assim ao longo dos anos, o Direito Internacional Público contemporâneo passou por momentos evolutivos distintos: a universalização²², a regionalização²³, a institucionalização²⁴, a funcionalização²⁵, a objetivação²⁶, a codificação²⁷, a jurisprudencialização²⁸ e a humanização²⁹, tendo maior relevância para o aludido tema, a humanização o qual será oportunamente tratado.

Destarte, pode-se afirmar que o Direito Internacional Público progride conforme as adequações que se fazem necessárias em nível de relações internacionais, os atores da sociedade internacional tendem a moldar-se, uma vez que, “os preceitos do Direito Internacional obrigam tanto interna como internacionalmente, devendo os Estados de boa-fé,

19 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

20 CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**, 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Covosso, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

21 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.69.

22 O direito internacional público, por meio dessa tendência evolutiva, deixou de ser um direito euro americano e passou a ser relevante mundialmente, ou seja, universalmente.

23 Almejando a solidariedade e a cooperação qualificada o direito internacional publico, se regionalizou através da criação de espaços por razões políticas, estratégicas, culturais e econômicas.

24 Cada vez mais presente nos organismos internacionais, o direito internacional publico se afasta do direito das relações bilaterais ou multilaterais entre Estado. É o momento em que se criam instituições para resolver problemas que os Estados não conseguem resolver sozinhos.

25 O direito internacional público passa a ser introduzido nas mais diversas matérias de direito interno e relações internacionais, deixando de restringir-se apenas as relações externas entre Estados.

26 As normas deixam cada vez mais de serem dependentes da vontade dos Estados sob a perspectiva do direito internacional público.

27 A sistematização codificada, escrita e inscrita nos mais variados tipos de tratados passa a marcar esse momento evolutivo do direito internacional público.

28 O progredir das fases anteriores do direito internacional publico culmina no momento de criação das instancias judiciais internacionais.

29 Esse tópico será tratado no desenvolver do presente trabalho, por ser ponto de maior relevância entre os demais momentos evolutivos do direito internacional público no que tange ao tema proposto.

respeitar (e exigir que se respeite) aquilo que contrataram³⁰”, diante das relações no plano internacional em prol da pessoa humana e da manutenção da paz.

O art. 4º³¹ da Constituição Federal elenca os princípios que regem as relações internacionais no Brasil, sendo estes princípios de fundamental importância para manutenção da ordem e da paz no âmbito Internacional, sendo, ainda, de grande relevância considerar que cada Estado soberano rege-se independentemente, fazendo-se necessário no cenário do Direito Internacional a consonância dos princípios reconhecidos pelas nações civilizadas; posteriormente diante do tema proposto e dos princípios gerais do Direito, juntamente com princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, poder-se-á compreender e complementar a pesquisa relacionada à apatridia diante dos casos específicos.

NACIONALIDADE E SEUS CRITÉRIOS DE ADOAÇÃO

O direito a nacionalidade está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo conteúdo dispõe, na forma do seu art. 15, que “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”.

A nacionalidade é a “vinculação jurídica que prende um indivíduo a um Estado. Isso se deve ao local de nascimento, à ascendência paterna ou da vontade do interessado³²”, ou como bem leciona Pontes de Miranda, “[...] é o laço jurídico-político de direito interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado³³”, portanto, é de vital importância para que um indivíduo seja considerado nacional de determinado Estado, a aquisição de sua nacionalidade.

A necessidade de cada Estado indicar seus próprios nacionais tem como fundamento básico razões de ordem prática, pois se trata de “[...] subordinação permanente de uma pessoa

30 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.55.

31 CF/Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 out. 2013.

32 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário compacto jurídico**. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 169.

33 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967**, v. 6. São Paulo:RT, 1972, p. 352

a determinado Estado, do qual resultam relações jurídicas complexas e recíprocas de direito e obrigações entre o indivíduo e o Estado³⁴”.

No que concerne à natureza jurídica da nacionalidade, na doutrina nacional e estrangeira, há o entrosamento sob a perspectiva de três correntes: a corrente clássica - pela qual os súditos pertenceriam ao Estado, de forma que este último poderia se valer daqueles completamente, tanto moral como fisicamente; a corrente privatista - em que o Estado celebra contrato bilateral com sua população para que se tornem nacionais e mantenham obrigações recíprocas; e a corrente publicista, cujo entendimento contrário a anterior, defende que o trata-se do “resultado da organização do poder político³⁵”.

Outro fator a pontuar são os critérios de nacionalidade adotados por cada Estado soberano para atribuição da nacionalidade, pois não raro ocorrem casos em que um indivíduo se torna apátrida, não portando nenhuma nacionalidade e, conseqüentemente, não sendo nacional de nenhum país, pois além de ser um vínculo jurídico-político entre Estado e indivíduo, a nacionalidade em seu conceito abrange outras esferas como raciais, linguísticas, culturais, tradicionais, costumeiras, religiosas e consciência nacional³⁶.

O art. 12 da Constituição Federal enumera os critérios de nacionalidade adotados pelo Brasil, de forma a garantir aos seus cidadãos o direito fundamental à nacionalidade³⁷.

Importa frisar que são duas as espécies de nacionalidade: a primária e a secundária. A nacionalidade primária, também denominada originária ou atribuída se divide em: critério *Jus soli*, referente ao disposto no art. 12, I, “a” da Constituição da República; critério *Jus sanguinis* juntamente com o critério funcional, conforme ilustra o art. 12, I, “b”; critério *Jus*

34 GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Nacionalidade** – Aquisição, perda e reaquisição, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 01.

35 NIBOYET, Jean. *Traité de droit international*, 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 107 *apud* MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 606.

36 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 479.

37 **CF/88 - Art. 12.** São brasileiros: I - natos: *a)* os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; *b)* os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; *c)* os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: *a)* os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; *b)* os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (...) § 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II - adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 out. 2013.

sanguinis e o registro, diante do que elucida o art. 12, I, “c”, ou ainda o critério *Jus sanguinis* somado a opção confirmativa e residência no Brasil, fundamentado no art. 12, I, “c”, disposto na Constituição Federal, tal nacionalidade é provisória até os 18 anos, já que possui caráter personalíssimo e só será confirmada após a maioridade³⁸.

Pode-se afirmar, portanto que a nacionalidade primária, também pode se denominada originária ou atribuída, pois se estabelece em virtude do nascimento, “por meio de critérios sanguíneos (nacionalidade dos pais), territoriais (local do nascimento), ou mistos³⁹”, em outras palavras, “de acordo com o critério *ius sanguinis*, será nacional de um determinado país o filho de outro nacional, independentemente do local de nascimento. [...] o critério do *ius solis*, nacional é aquele que nasce no território do Estado, independentemente da nacionalidade dos pais⁴⁰”.

Por fim tem-se a espécie de nacionalidade secundária, também denominada, derivada, adquirida ou de eleição, que se subdivide em naturalização tácita ou expressa. A primeira (tácita) diz respeito a grande naturalização, também chamada de naturalização coletiva, que “[...] costuma ser adotada quando o número de nacionais é menor que o desejado [...] os estrangeiros residentes no País que não declararem, dentro de determinado período o ânimo de permanecer com a nacionalidade de origem, adquirirão a nacionalidade do país que residem⁴¹”.

Já a nacionalidade secundária por naturalização expressa pode ser ordinária, tendo as opções de decorrência de lei ou de países de língua portuguesa obedecendo aos critérios: residência no país no período de um ano sem interrupção juntamente com idoneidade moral; ou ainda extraordinária “são exigidos, além do requerimento do interessado, quinze anos de residência ininterrupta e ausência de condenação penal (CR/88, Art. 12, II, b)⁴²”.

Destarte, observa-se que o Brasil adotou o critério *ius solis* ao apreciar o nascido em território nacional e como critério de nacionalidade originária adotou também a nacionalidade dos pais, o indivíduo filho de nacional nascido no estrangeiro poderá obter o registro, caso

38 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 484.

39 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2010, p. 479.

40 DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 407.

41 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 482.

42 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense., 2010, p. 482-483.

não proceda desta maneira, após a maioria, quando o mesmo vier residir no país poderá a qualquer tempo optar pela nacionalidade brasileira.

APATRIDIA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL

O termo apátrida define a pessoa sem pátria, ou seja, aquele que não possui nacionalidade. O apátrida sofre do fenômeno denominado apatridia que pode ser classificado em apatridia de *jure* e apatridia de *facto*. Na primeira modalidade, essas pessoas “não são considerados nacionais sob as leis de nenhum país. Entretanto, também há casos em que um indivíduo possui formalmente uma nacionalidade, mas esta resulta ineficaz⁴³”, característica da segunda modalidade, a apatridia de *facto*.

Ensina Celso de Mello que a “denominação de apátrida para as pessoas sem nacionalidade foi criada por Charles Claro, advogado no Tribunal de Apelação de Paris, em 1918⁴⁴”, importa observar que a “apatridia, que foi reconhecida pela primeira vez como um problema mundial na primeira metade do século XX,[...] está normalmente associada a períodos de mudanças profundas nas relações internacionais⁴⁵”.

Dispõe o art. XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade⁴⁶”, e sua violação seria um ataque à Dignidade da Pessoa Humana.

O problema da apatridia é preocupante e chamou a atenção das Nações Unidas que em maio de 2010 promoveu a primeira, de várias reuniões, voltadas especificamente para a apatridia, com a presença de especialistas, organizada pelo escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em Prato, na Itália, ocasião em que as observou-se pontos relevantes sobre as considerações gerais diante da definição de apátridas segundo a Convenção de 1954 e o Direito Internacional⁴⁷.

188

43 ACNUR. **O que é apatridia?** Disponível em < <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/> > Acesso em: 02 nov. 2013.

44 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 14ª ed. rev. e aum. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 962.

45 ACHIRON, Marylin. **Nacionalidade e Apatridia:** manual para parlamentares. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares> Acesso em: 05 maio 2013.

46 BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 20 out. 2013.

47 ACNUR. **O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1>. Acesso em 22.12.2014.

Observa-se a preocupação do Direito Internacional quanto à definição de apátrida, para distinção entre figuras análogas, e ainda para a proteção desses indivíduos no âmbito da sociedade internacional, de forma que o Estado deve ser analisado antes de falar da relação deste com os apátridas em questão.

Não só quanto à definição, a forma de proteção dos direitos humanos ante os apátridas evidencia que o Estado onde tal indivíduo se encontra deve ser analisado com cautela, de forma que a proteção aos direitos fundamentais ao ser humano seja garantida, observada a origem da condição de apátrida de cada pessoa diante de cada caso específico.

A APATRIDIA NO MUNDO

A apatridia é um problema de existência secular podendo ser várias as causas de origem, bem como suas consequências. Um relatório publicado pelo ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, em 2011, anunciou que ao redor do mundo existe em torno de 12 milhões de pessoas sem qualquer nacionalidade e que apenas metade dessa população teve seus dados cadastrados⁴⁸.

O ACNUR informa, ainda, que os apátridas podem ser encontrados na África - parte dos núbios localizados no Quênia não usufruem de direitos de cidadania e do outro lado do continente, na Costa do Marfim, a falta de clareza em seu *status* nacional afeta um grande número de pessoas; na Europa – onde a dissolução da União Soviética e da Federação Iugoslava nos anos 1990 levou à apatridia nos novos países que surgiram, uma vez que, através “da sucessão de Estados foi agravado em ambos os casos pela presença de fluxos massivos de deslocados e refugiados⁴⁹”.

Também, no “Oriente Médio e em outras partes do mundo, legislações que discriminam com base no gênero criam riscos de apatridia. Em muitos dos países do Golfo, populações que ficaram às margens dos processos de independência⁵⁰”, e ainda “são chamadas de Bidoon, “sem” em árabe” e sob o regime de Saddam Hussein, “muitos curdos feili foram privados de suas nacionalidades”, ordem revogada em 2006⁵¹.

48 CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania.v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, p. 62.

49 ACNUR - **Quem são e onde estão os apátridas?**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/quem-sao-e-onde-estao-os-apatridas/>> Acesso em: 02 nov. 2013.

50 CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania.v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, p. 62.

51 CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania.v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, p. 62.

O ACNUR traz informações, inclusive, sobre a problemática quanto à discriminação da mulher, que além de contribuição para o problema, passa essa condição de “sem pátria” para os filhos, sobrevivendo maior número de crianças apátridas, como também se tem a discriminação étnica⁵².

Em todas as partes do mundo existem casos de apatridia que requerem atenção, sendo fato que a raiz de muitas destas situações tem origem nas políticas discricionárias. O nascimento de novos países, também, é um dos fatores indicados pelo ACNUR, pois “A sucessão de países e o redesenho de fronteiras podem fazer com que grupos específicos tenham sua cidadania negada⁵³”, ou seja, “O desmantelamento de países, a formação de novos Estados, a transferência de territórios e a redefinição de fronteiras representam as grandes causas da apatridia nas duas últimas décadas⁵⁴”.

Com o fim da União Soviética, Iugoslávia e Checoslováquia, em 1990, milhares de pessoas se tornaram “[...] apátridas no leste europeu e em países da Ásia Central - afetando principalmente minorias étnicas e sociais⁵⁵”.

O Centro de Informações das Nações Unidas Rio de Janeiro - UNIC⁵⁶, desenvolvendo uma atividade de divulgação das atividades da Organização das Nações Unidas pelo mundo, adverte que são muitas as maneiras de se tornar apátrida e que estes nascem todos os dias. Afirma, ainda que milhões de apátridas “devem sua condição à criação, conquista, divisão, descolonização ou libertação do país de onde eles próprios ou os seus antepassados são oriundos⁵⁷”.

190

52 CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania.v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, p. 62.

53 ACNUR. **Brasil é destaque em campanha global contra apatridia**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>>

Acesso em: 05 maio 2013.

54 ACNUR. **Brasil é destaque em campanha global contra apatridia**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>>

Acesso em: 05 maio 2013.

55 ACNUR. **Brasil é destaque em campanha global contra apatridia**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>>

Acesso em: 05 maio 2013.

56 “Em 13 de fevereiro de 1946, a Assembléia Geral da ONU decidiu que fossem estabelecidos escritórios para que os povos de todo o mundo conhecessem, o mais detalhadamente possível, as atividades das Nações Unidas. Para isso, foram criados os Centros de Informação das Nações Unidas (United Nations Information Centres, ou, na sigla em inglês, UNICs) que estão presentes hoje em mais de 60 países, nos cinco continentes. Elo ativo entre os meios de comunicação, as instituições educacionais, as organizações não-governamentais e a ONU, os UNICs oferecem não só informações atualizadas sobre questões políticas, econômicas, sociais e humanitárias como também promovem seminários e foros de discussões com o objetivo de sensibilizar a opinião pública a uma maior participação”. Disponível em: <http://unicrio.org.br/unic-rio/>. Acesso em: 23 dez. 2014.

57 UNIC Rio de Janeiro: centro de informação das nações unidas. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/os-excluidos-o-mundo-desconhecido-dos-apatridas/>> Acesso em: 17 ago. 2012.

Corrobora com essa afirmativa as informações do Caderno de Debates junto ao ACNUR, que declara que a “[...] apatridia pode ter várias causas, incluindo sucessão estatal, transferência de território, conflitos de leis sobre aquisição de nacionalidade, privação de nacionalidade, legislação matrimonial, falta de registro de nascimento, práticas administrativas discriminatórias⁵⁸”, dentre outras.

Embora existam muitas histórias de sucesso sobre o enfrentamento à apatridia, muito ainda precisa ser feito. O ACNUR espera colocar esta questão na agenda internacional para que mais países se tornem signatários das duas convenções sobre o tema, reformem suas legislações nacionais e tomem medidas para resolver a apatridia⁵⁹.

A apatridia é, portanto, um tema de alta relevância, pois afeta pessoas no mundo inteiro, motivo pelo qual requer a constante busca pela sua prevenção. Ocorre, no entanto, que cada Estado, na sua condição de soberano, é livre e independente para o exercício e poder de decisão jurídico-política diante das questões relacionadas ao Direito Internacional e as normas, em âmbito externo, para serem adotadas internamente, dependem da vontade expressa de cada país.

As diversas causas e formas de se tornar apátrida faz com que o problema requeira atenção especial, e considerando a soberania de cada Estado em relação aos demais, e a necessária aderência de convenções relacionadas à apatridia é de total importância para minimização e redução de casos de pessoas apátridas. Porém, na sociedade internacional, tudo depende da vontade dos Estados em assentirem ou não diante dessas convenções apresentadas no âmbito internacional.

O Direito Internacional tem-se questionando sobre o direito a ter uma nacionalidade com fundamento em princípios relevantes que regem a ordem internacional, inclusive através de convenções acerca da apatridia de modo que possa ser adotada pelos países em busca da melhoria da condição de pessoa humana dos apátridas.

Foram observados não somente os Direitos Humanos nos pontos supracitados pelo ACNUR, mas a importância da adesão às convenções relacionadas à apatridia para a manutenção da ordem e segurança entre os Estados, uma vez que ao contribuir com os atores internacionais os países terão facilidade para lidar com seus apátridas, em busca da redução

58 CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania. v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos. p. 62.

59 ACNUR. **Brasil é destaque em campanha global contra apatridia**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>> Acesso em: 05 maio 2013.

dos casos de apatridia, despontando respeito não só aos seus nacionais, mas à pessoa humana em si.

Hodiernamente, a preocupação com os Direitos Humanos, e com a Dignidade da Pessoa Humana, tem abarcado um vasto campo na ordem internacional, de forma que, quando se fala em apatridia, por mais que o Direito Internacional tenha evoluído na busca pela prevenção e solução do problema, este afeta pessoas humanas, sendo uma realidade que muitos não sabem ou não veem pelos mais diversos motivos, mas que precisa da cooperação da comunidade internacional para atinar sua prevenção.

APATRIDIA NO BRASIL

Em 1932 o Brasil ratificou e promulgou o Protocolo Especial de Haia de 1930 por meio do Decreto n. 21.798, relativo à apatridia. Conforme dispunha o mencionado Protocolo “se um indivíduo, depois de ter entrado em um país estrangeiro, perder a nacionalidade sem adquirir outra, o Estado cuja nacionalidade possuía em último lugar é obrigado a recebê-lo, a pedido do país onde se encontra⁶⁰”.

Em 2002, conforme prediz o Decreto 4.246 de 22 de maio dispôs que, “o estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência⁶¹” tem o apátrida inclusive a “obrigação de acatar as leis e regulamentos, bem como as medidas adotadas para a manutenção da ordem pública⁶²”. Destarte, o apátrida não tem apenas direitos, mas também deveres.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 12, adotou, inicialmente, os critérios de nacionalidade, *ius solis*, ou seja, nascimento em solo brasileiro, independentemente da nacionalidade dos pais, todavia, ficou uma lacuna na lei quanto aos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro acarretando o problema dos chamados “brasileirinhos apátridas”.

Somente em 2007, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 54/2007 que instituiu a alínea “c” ao mencionado artigo dispondo que são brasileiros natos:

60 GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Nacionalidade** – Aquisição, perda e reaquisição, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

61 BRASIL. Decreto 4.246 de 22 de maio de 2002. Promulga a convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 maio 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=417365&PalavrasDestaque=>>>. Acesso em: 20 out. 2013.

62 BRASIL. Decreto 4.246 de 22 de maio de 2002. Promulga a convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 maio 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=417365&PalavrasDestaque=>>>. Acesso em: 20 out. 2013.

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira⁶³.

Em 2007 o Brasil aprovou o texto da Convenção para Redução dos Casos de Apatridia por meio do Decreto Legislativo nº 274/07, publicado no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 2007. E conforme dados do ACNUR tem se destacado nas campanhas de prevenção da Apatridia:

O Brasil é considerado pela campanha como um “caso de sucesso” na prevenção da apatridia, devido ao movimento “*Brasileirinhos Apátridas*”. Uma emenda constitucional liderada pelo movimento e aprovada pelo Congresso em 2007 eliminou de vez a possibilidade de apatridia entre filhos de brasileiros nascidos no exterior, e é um bom exemplo de aplicação da Convenção de 1961. O Brasil também é signatário da Convenção da ONU 1951 sobre Proteção dos Apátridas, sendo um dos poucos países a assinar estes dois instrumentos internacionais sobre o tema (1951 e 1961)⁶⁴.

O judiciário brasileiro também andou bem na solução de conflitos envolvendo casos de apatridia ao prolatar uma decisão inédita no caso em que o TRF confirmou decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, ao reconhecer um africano⁶⁵ como apátrio, determinando que a união o assegurasse identidade brasileira e o direito a exercer atividade remunerada⁶⁶.

63 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/ CON1988.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm)> Acesso em: 20 out. 2013.

64 BRASIL é destaque em campanha global contra apatridia. ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>> Acesso em: 05 maio 2013. Por causa da sensibilidade política em torno da apatridia, a questão permanece com baixa prioridade em muitos países. O número de adesões às duas convenções da ONU sobre o tema é um indicativo desta situação: a Convenção de 1954, que define o que é apátrida e estabelece padrões mínimos para lidar com a questão, tem 66 países signatários. A Convenção de 1961, que estabelece princípios e marcos legais para prevenir a apatridia, tem apenas 38 assinaturas”.

65 “Considero que a negativa do pedido implicará, na prática, a redução do autor à condição de coisa, eliminando a possibilidade de desenvolvimento de sua personalidade, o que se atrita – e muito – com o princípio da dignidade da pessoa humana”. Em matéria publicada no site Tribuna do Norte, o africano disse ficar feliz com a decisão e que iria providenciar os documentos, “Andrimana Buyoya Habizimana, que hoje mora em Natal, veio parar no Brasil fugido do Burundi, na África, país que passa dificuldades financeiras e disputas étnicas”. JUSTIÇA considera africano como apátrida. **Tribuna do norte**. Disponível em: <http://tribunadonorte.com.br/news.php?not_id=143506> Acesso em: 31 out. 2013.

66 CONSTITUCIONAL E HUMANITÁRIO INTERNACIONAL. APATRIDIA IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROVADORA DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EVIDENTE UTILIDADE DA DEMANDA MERCÊ DA NEGATIVA DA

Insta ressaltar, todavia, que a ONU, mesmo tendo vários países membros, nem todos fazem parte das convenções relacionadas à apatridia, sendo considerável a progressão do Brasil no âmbito do Direito Internacional na procura da efetivação da redução dos casos de apatridia, em busca da garantia dos direitos inerentes a pessoa humana e, conseqüentemente, seu destaque na ordem internacional, não só pelos seus nacionais, mas em prol de outros apátridas como no supracitado exemplo do africano.

APATRIDIA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos abarcam uma série de considerações intrínsecas à pessoa humana e qualquer que seja sua raça, nacionalidade, etnia, sexo, idioma, religião ou qualquer outra condição, não influem para a minimização de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, em especial o seu direito à vida e, conseqüentemente, os direitos encaixados à existência.

Por volta do século XIX, começaram as primeiras preocupações com a proteção internacional da pessoa humana, ocorrendo a efetiva conscientização da comunidade internacional perante os direitos e liberdades de toda pessoa humana e assim “os direitos humanos – universais, inalienáveis e inerentes a todos os membros da família humana – constituem um dos pilares fundamentais da nova ordem mundial nascida no rescaldo de uma II Guerra Mundial causadora de indescritível sofrimento⁶⁷”.

194

CONDIÇÃO DE NACIONAL PELO ESTADO DO BURUNDI. RECONHECIMENTO DO STATUS DE APÁTRIDA. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK de 1954. 1. Trata-se de demanda cujo cerne é o reconhecido, pelo governo brasileiro, o estado de apátrida com a obtenção dos consequentes efeitos jurídicos dessa condição nos termos do Decreto nº 4.246/2002, que internalizou no ordenamento brasileiro a Convenção de Nova York de 1954 (Estatuto do Apátrida). 2. Sedizente nacional do Estado do Burundi, o autor de lá fugiu em razão de genocídio étnico, graves crises econômica e política, além do falecimento de seus familiares. Chegou ao Brasil pelo Porto de Santos vindo como clandestino em navio cargueiro proveniente da África do Sul. No mesmo ano, embarcou no voo com destino a Lisboa, mas foi devolvido ao Brasil, em razão de ter se utilizado de falsa documentação. Em seguida, foi condenado pela justiça brasileira, já tendo cumprido a pena integralmente por esse crime. 3. Em razão de diligências promovidas pela Polícia Federal, as autoridades diplomáticas do Burundi prestaram informação na qual não lhe reconheceram a alegada nacionalidade; não foi, igualmente, concedido o status de refugiado no Brasil e ainda não foi aceita sua deportação pela África do Sul. 4. Não há que se falar em falta de interesse processual do autor, porquanto restou comprovada a negativa do reconhecimento da nacionalidade burundiana, sendo meridiano concluir a evidente vantagem que lhe resultará a eventual decisão que lhe reconheça a condição de apátrida nos termos do tratado de regência. 5. Mercê do limbo jurídico que vive o autor, faz-se mister o reconhecimento da qualidade de apátrida pelo Estado Brasileiro, já que se encontram presentes os requisitos previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002, e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. 6. Apelação da União e remessa oficial improvidas. TRF-5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário -: REEX 200984000065700. Disponível em: <<http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23510117/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-200984000065700-trf5>> Acesso em: 31 out. 2013.

67 **DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais.** Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em:

A todos são assegurados os direitos inerentes à pessoa humana e diante da liberdade de seus direitos iguais e inalienáveis, muito se fala na garantia dos Direitos Humanos e, por conseguinte, que devem ser protegidos pelo Estado como também pela comunidade internacional de forma que, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos⁶⁸”.

E, através da consciência da importância dos Direitos Humanos, muitos tratados surgiram em decorrência da igualdade de direitos entre seres humanos, em prol da Dignidade da Pessoa Humana. Dentre tantos de grande relevância no cerne dos Direitos Humanos, tem-se também em especial no trabalho em questão, as convenções relacionadas à apatridia, em que se persegue a redução do número de apatridia e se busca a solução do problema, que continua a afetar o mundo, em diversas localidades.

PAPEL DA COMUNIDADE INTERNACIONAL NO COMBATE À APATRIDIA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Observou-se até aqui que a apatridia é um problema secular e ainda uma realidade existente em diversos lugares no mundo, não se podendo precisar o número de pessoas afetadas por essa condição, mas a comunidade internacional é essencial na cooperação para o combate e redução dos casos de apatridia, já que, mesmo tendo a ONU vários Estados membros, muitos ainda não fazem parte das convenções relacionadas aos apátridas, o que faz com que, em muitos casos, a perpetuidade da apatridia se prolongue.

Celso Mello frisa que a apatridia é um dos aspectos do Direito Internacional “que se procura eliminar, uma vez que esta situação viola um dos direitos do homem, que é o de todo indivíduo ter uma nacionalidade. Ela, entretanto, não é um “ilícito” internacional; ao contrário, é admitida e reconhecida pelo DI⁶⁹”, uma vez que o Direito Internacional proíbe os Estados de elaborarem leis que gerem apatridia.

Todos os dias seres humanos se tornam, nascem apátridas, encontrando dificuldades de amparo internacional em sua maioria. Casos como os de apátridas refugiados ou por

<https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA>. v. I. Acesso: 05 maio 2013.

68 A ONU e os direitos humanos. Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>> Acesso em: 02 nov. 2013.

69 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. 4ª ed. rev. e aum. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 961.

qualquer outra situação são exemplos tristes dessa situação, pois conforme declara o ACNUR:

Apátridas que também são refugiados têm direito à proteção internacional conferida pela Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951). Para resolver os problemas de proteção enfrentados pelos apátridas, em particular aqueles que não são refugiados, a comunidade internacional adotou a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas (Convenção de 1954)⁷⁰.

As supramencionadas convenções foram internalizadas pelo Brasil, de forma que o “direito à liberdade ou à independência significa que o Estado dentro dos limites fixados pelo DI, é livre ou independente para realizar os atos que lhe aprouver sem a necessidade do consentimento de qualquer outro Estado⁷¹”, nesse sentido o ACNUR enfatiza a importância em solicitar o reconhecimento da condição de apátrida ao Estado brasileiro⁷².

Ainda que o Estado brasileiro seja signatário das Convenções de 1954 e 1961 (Estatuto dos Apátridas e Convenção Para a Redução dos Casos de Apatridia), os “obstáculos à aplicação plena do regime de proteção dos apátridas começam na baixa ratificação das Convenções de 1954 e 1961 [...] apenas 76 países ratificaram a primeira, e 48 a segunda⁷³”.

Neste sentido, pode-se observar a interpretação em extensão dos direitos, devendo-se considerar a hermenêutica jurídica para a redução dos casos de Apatridia, visto que o indivíduo será favorecido através da proteção cedida pelas convenções; como também pelo que trata no Estatuto dos Apátridas ao trazer direitos e impor deveres aos apátridas, proporcionou a incorporação dos direitos inerentes à pessoa humana a estes.

APÁTRIDAS E LIBERDADE

70 PROTEGENDO o direito dos apátridas.ACNUR,Fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Protegendo_os_Direitos_dos_Apatridas> Acesso em: 05 maio 2013.

71 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 425.

72 GODOY, Gabriel Gulano de. **Apatridia**. Disponível em : <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Apatridia_-_ACNUR_2012.pdf?view=1> Acesso em: 05 maio 2013.

73 RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; NASCIMENTO, Isabela Ottoni Penna do; JUNIOR DO VALLE, Luiz Artur Costa; NEVES, Victor de Sá. **Apatridia e cidadania: protegendo indivíduos legalmente invisíveis**. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2013/wp-content/uploads/2013/03/13.-SoCHum-Artigo.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2013.

Desde os primórdios nos estudos do Estado de natureza, como assenta Thomas Hobbes, as teorias iniciais tentavam mostrar que o homem nasce acertado para uma sociedade; segundo ele, o motivo que leva os homens a viver conjuntamente deve ser observado de forma estrita, já que buscam da sociedade algum benefício por mais livre que esta seja. Diz ainda que “a origem de todas as sociedades grandes e duradouras, não é de boa vontade mútua que os homens têm entre si, mas sim o medo mútuo que nutriam uns pelos outros. [...] A desigualdade que observamos em nossos dias, encontra na lei civil sua origem⁷⁴”. Hobbes salienta que no Estado de natureza todos teriam comum direito sobre todas as coisas, sendo isso perigoso.

Desta forma, tem-se o Direito Individual que “é o direito subjetivo garantido a todo indivíduo pelas constituições políticas. São eles: o direito à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade⁷⁵”. A liberdade pode se dividir em várias vertentes, mas o sentido adotado, neste trabalho, é a liberdade de escolha diante dos direitos e garantias fundamentais, direitos humanos inerentes a toda pessoa humana.

Destarte, ao se analisar a condição do apátrida perante os atores internacionais, no mundo em si, deve-se ressaltar em primeiro lugar o direito à vida que é ilustre, já “[...] a vida, e não o mundo, é o bem supremo do homem⁷⁶”; e não há comparação de tamanha relevância quanto aos demais direitos inerentes à pessoa humana, pois cada um tem sua peculiaridade e nem por isso devem ser diminuídos. As garantias fundamentais e deveres que devem obedecer fazem parte do conjunto da vida civil, e a conseqüente situação de apátrida revolve ao indivíduo, já que sozinho apenas terá a perpetuidade da apatridia passado através de sua geração.

Conforme se examinou muitas são as causas que dão origem a apatridia, porém, faz-se necessária cautela ao analisar o Estado onde se está este apátrida. Aqueles que já fazem parte de convenções que dizem respeito à apátridas terão maior facilidade em dirimir as lacunas que tornam este problema tão lamentável, e ainda poderão proporcionar àqueles que, por algum motivo, não têm nacionalidade a oportunidade e a liberdade de se tornar nacional e cidadão de tal país, não só isso, mas a cognição de se sentir em liberdade junto à participação jurídico-política neste Estado.

74 HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Editora Martin Claret / Título Orig. *De cive* (1640). São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 32-33.

75 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri(Org.). **Dicionário compacto jurídico**. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 101.

76 ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 332.

A EXISTÊNCIA E A LIBERDADE EM RELAÇÃO AO APÁTRIDA

Toda existência ou vida humana é preciosa, de forma que uma não tem menor valor que a outra, e diante desta humanidade salienta Hanna Arendt que a “condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência⁷⁷”.

Desta forma, ao falar-se em existência e liberdade ante aos apátridas, dispõe Artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal⁷⁸”, e ainda o Art. 5º, XLI da CF/88 que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais⁷⁹”.

Sob a perspectiva filosófica de Sartre, Paulo Perdigão ressalta que “A liberdade desponta já na origem do Para-Si. Ao escapar ao Ser, recuperando diante dele, o Para-Si expressa essa liberdade, porque, não fosse livre, permaneceria encarcerado no Ser⁸⁰”, uma vez que é ela que “possibilita nadificar o Ser e temporalizar-se, fugindo do passado e lançando-se em projeto aos possíveis futuros. A liberdade constitui, pois, a razão mesmo da existência do Para-Si, algo que se confunde com o próprio modo de existir da realidade humana⁸¹”.

Assim, explica que, através da existência, a liberdade não é abstrata, devendo manifestar-se concretamente, de forma que se dá por meio das ações, das decisões tomadas, já que “*Ser livre é fazer escolhas concretas* – e até mesmo a abstenção e a inatividade são modalidades de escolha⁸²”, ou seja, as escolhas compreendem a liberdade; a liberdade não faz milagres, mas possibilita a busca pelo preenchimento dessa plenitude de ser, de existir.

77 ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 17.

78 BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 20 out. 2013.

79 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 out. 2013.

80 PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade**: uma introdução á filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995, p. 86.

81 PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade**: uma introdução á filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995, p. 86.

82 PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade**: uma introdução á filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995, p. 86-87.

Leonardo Boff, em sua obra “Libertar a águia em nós”, faz interessantes considerações acerca da liberdade e ressalta que a “Libertação significa a ação que liberta a liberdade cativa. [...] Sempre estamos sob a ameaça de cair do paraíso em que nos encontramos. Esta situação de decadência faz nascer um permanente anseio de resgate e de libertação⁸³”.

Neste sentido, tais dizeres, associado à linha de raciocínio de Paulo Perdigão, supracitado, e as considerações de Arendt sobre a condição humana, a liberdade se inicia na consciência e junto a esta condição inerente a sua existência, a manifestação de vontade determinam nossos atos, o que não seria possível para aqueles que se enquadram na definição de apátrida, já que, ainda que estejam no território de determinado Estado, não podem exprimir sua vontade, principalmente, nos atos da vida civil, já que, para aquele país, o indivíduo não tem liberdade para exercício de seus direitos e garantias mínimos e fundamentais pela falta de vínculo jurídico-político com esta nação.

Ao considerar que a existência precede a essência, pois o “homem é o único legislador de sua vida, e a única lei de sua existência diz apenas: “Escolhe-te a ti mesmo” [...] o homem deve escolher o seu Ser, lançando-se continuamente a seus possíveis e constituindo pouco a pouco a sua essência, através dessas escolhas, contanto, para agir, somente com a voz de sua consciência⁸⁴”.

Ante muitos casos que ocorrem, tais apátridas ao ouvirem coisas no sentido de que não fazem parte do lugar onde nasceram e cresceram, dentre tantas outras frases no mundo dos apátrios, este é o sentimento que todo apátrida pretende ter: liberdade de consciência perante sua existência e condição humana.

CONCLUSÃO

Observou-se no presente trabalho que o Direito Internacional precisou de muito tempo para se consolidar como ciência e nele temos os Direitos Humanos como principal ator no campo das relações internacionais. Por ele, é possível garantir o mínimo existencial, inclusive se houver necessidade de intervenção internacional.

Até ser consolidado como ciência e ser também chamado de “Direito das gentes”, passou por diversas modificações possibilitando a inclusão de princípios e normas de Direito

83 BOFF, Leonardo. **Águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 23-24 e 130.

84 BOFF, Leonardo. **Águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 90.

Internacional, que regem as relações exteriores buscando a proteção à pessoa humana e praticando a manutenção da paz.

Além dos princípios gerais de direito, tem-se os princípios de Direito Internacional. Ocorre que, em relação à Apatridia, cada Estado soberano possui a liberdade diante de suas leis, e a partir de sua vontade, pactuam tratados internacionais em prol dos direitos humanos.

Os critérios de nacionalidade de cada país determina quem será o nacional daquele país, portanto, é de suma importância para estabelecer com um indivíduo vínculo jurídico-político, a aquisição de nacionalidade, que pode ser estabelecida pelos chamados critérios “*jus solis*” e “*jus sanguinis*”.

O Direito Internacional, especialmente o ACNUR, tem contribuído significativamente para mostrar aos Estados a importância de aderir a convenções relacionadas à Apatridia, justamente para a prevenção e combate a este problema que ainda é realidade em diversos lugares no globo.

O Brasil tem se destacado diante das campanhas de combate à Apatridia, inclusive, através do movimento “brasileirinhos apátridas”, progredindo não só com o Direito Internacional, mas também com o cuidado com seus nacionais que estão passíveis de reconhecimento e aos apátridas que reconhece.

A proteção aos Direitos Humanos em relação aos apátridas fez com que surgissem convenções para sua prevenção e redução, de forma que os Estados que fazem parte dela, não têm permissão para criarem leis que gerem Apatridia. Ocorre que tal proteção não foi aderida por muitos outros países, o que torna o problema ainda uma realidade, reduzindo-os a seres “invisíveis”, e provocando o mais ínfimo sentimento de indiferença perante aos demais indivíduos que possuem nacionalidade.

Todavia, a soberania e a vontade determinam os Estados, sua independência no cenário internacional, restando àqueles que enxergam a gravidade do problema diante da pessoa humana, como o ACNUR, e países que aderiram as convenções para prevenção e redução dos casos de Apatridia, a preocupação com a possibilidade do exercício dos direitos, garantias e liberdades fundamentais inerentes ao ser humano diante do apátrio.

E, desta forma, psicologicamente por mais insignificante que seja para alguns ter uma nacionalidade, para uma criança, para um adulto, para um ser humano que não possui pátria e não pode exercer direitos comuns como outros indivíduos dentro de um mesmo espaço terrestre, é como uma prisão de asas da liberdade de sua essência, tornando diminuída sua condição humana e, conseqüentemente, afetando o bem jurídico mais importante: o direito à vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

- ACHIRON, Marylin. **Nacinalidade e apatridia**: manual para parlamentares. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares> Acesso em: 05 maio 2013.
- ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade mecum de direito Rideel**. 16 ed. São Paulo: Rideel, 2013.
- A ONU e os direitos humanos. Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>> Acesso em: 02 nov. 2013.
- ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BOFF, Leonardo. **Águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.
- BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito internacional humanitário**. Minas Gerais: Del Rey, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm> Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 274 de 04 de Outubro de 2007. Aprova o texto da convenção para redução dos casos de apatridia, celebrada em 30 de agosto de 1961. **Diário Oficial da União**. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=5&data=05/10/2007>> Acesso em: 02 nov. 2013.
- BRASIL. Decreto 4.246 de 22 de maio de 2002. Promulga a convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 maio 2002. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=417365&PalavrasDestaque=>>> Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-publicacaooriginal-120532-pe.html>> Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial União**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL é destaque em campanha global contra apatridia. ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/brasil-e-destaque-em-campanha-global-contra-apatridia/>> Acesso em: 05 maio 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 20 out. 2013.

CADERNOS de debates refúgio, migrações e cidadania. v. 6, n. 6 (2011) Brasília: Instituto de Migrações e Direitos Humanos.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público** – 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Covosso, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONVENÇÃO para a redução dos casos de apatridia. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=388&erc_doc_id=6018&category_id=28&category_type=3&group=>> Acesso em: 05 maio 2013.

CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALVI, Luciano. **Direito constitucional avançado: teoria, processo e prática constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA>. v. I. Acesso: 05 maio 2013.

DIREITOS Humanos: compilação de instrumentos internacionais. Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000043098&line_number=0002&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA>. v. II. Acesso: 05 maio 2013.

GODOY, Gabriel Gulano de. **Apatridia**. Disponível em : <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Apatridia_-_ACNUR_2012.pdf?view=1> Acesso em: 05 maio 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri(Org.). **Dicionário compacto jurídico**. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Nacionalidade** – Aquisição, perda e reaquisição, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUTIER, Murillo Sapia. **Introdução ao direito internacional público**. Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wpcontent/uploads/2012/02/INTRODU%C3%87%C3%83O-AO-DIREITO-INTERNACIONAL-MURILLO-SAPIA-GUTIER.pdf>> Acesso em: 05 out. 2013.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Editora Martin Claret / Título Orig. De cive (1640). São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

JUSTIÇA considera africano como apátrida. **Tribuna do norte**. Disponível em: <http://tribunadonorte.com.br/news.php?not_id=143506> Acesso em: 31 out. 2013.

LISOWSKI, Telma Rocha. **A apatridia e o “direito a ter direitos”**: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf>. Acesso em: 24 set. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 12ª ed. rev. e aum. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Prefácio de M. Franchini Netto à 1ª ed. - 14ª ed. rev. e aum. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2010.

O QUE é apatridia? ACNUR. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/portugues/qu-em-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>> Acesso em: 02 nov. 2013.

PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade**: uma introdução á filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995.

PREVENÇÃO e redução da apatridia. ACNUR, Setembro de 2010. Disponível em : <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fd737242>> Acesso em: 05 maio 2013.

PROTEGENDO o direito dos apátridas. ACNUR, Fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Protegendo_os_Direitos_dos_Apatridas> Acesso em: 05 maio 2013.

QUEM são e onde estão os apátridas?. ACNUR Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/quem-sao-e-onde-estao-os-apatridas/>> Acesso em: 02 nov. 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13 ed., rev., aumen., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; NASCIMENTO, Isabela Ottoni Penna do; JUNIOR DO VALLE, Luiz Artur Costa; NEVES, Victor de Sá. **Apatridia e cidadania: protegendo indivíduos legalmente invisíveis**. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2013/wp-content/uploads/2013/03/13.-SoCHum-Artigo.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

TRF-5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário -: REEX 200984000065700. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23510117/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-200984000065700-trf5>> Acesso em: 31 out. 2013.

UNIC Rio de Janeiro: centro de informação das nações unidas. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/os-excluidos-o-mundo-desconhecido-dos-apatridas/>> Acesso em: 17 ago. 2012.

ZEN, Cássio Eduardo. A prevenção a apatridia no contexto internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, v.5, n.5, jan./jun.2007.

A RESPONSABILIDADE COLETIVA CONSTITUCIONAL NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Patricia Carla FERNANDES⁸⁵
Guilherme Barbosa da SILVA⁸⁶*

RESUMO: O artigo analisará o Princípio da Prioridade Absoluta, inserido na Constituição Federal de 1988, com o objetivo de destacar os fundamentos que levaram o constituinte e o legislador infraconstitucional a dedicarem cuidados especiais aos temas relativos à criança e o adolescente, responsabilizando coletivamente o Estado, sociedade e família, na proteção e promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Frise-se que o tema central, não desprezará o essencial papel do Estado na aplicação desses direitos, contudo, se ressaltará e abordará sobre a responsabilidade compartilhada, que reputa deveres também aos demais atores sociais, sendo estes, sociedade e família, inclusive, com punição em caso de descumprimento desses deveres específicos. A abordagem levará em consideração que, na visão geral, imputa-se ao Estado toda a responsabilidade na defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, porém, a Constituição Federal compartilhou essa responsabilidade, que, por vezes, exclui-se a sociedade e família na cobrança de seus deveres. O trabalho ainda demonstrará que o Princípio da Prioridade Absoluta tem sua raiz na Doutrina da Proteção Integral, com os seus reflexos diretos no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Exporá sobre a aplicação do Princípio da Prioridade Absoluta e da Doutrina da Proteção Integral às situações que envolvam os assuntos relacionados à criança e o adolescente.

205

PALAVRAS-CHAVE: Doutrina da Proteção Integral. Direitos fundamentais. Dever de todos.

ABSTRACT: The article analyzes the principle of Absolute Priority, inserted in the Federal Constitution of 1988, in order to highlight the reasons which led the constituent and the legislature infra to devote special attention to issues relating to children and adolescents collectively blaming the state, society and family, the protection and promotion of fundamental rights of children and adolescents. Bichon is the central theme, not despise the essential role of the state in the application of these rights, however, if will highlight and address on the shared responsibility that reputation duties also to other social actors, and these, society and family, even with punishment in case of violation of these specific duties. The approach takes into account that, in the overview, is imputed to the State all responsibility in the defense of fundamental rights of children and adolescents, however, the Federal Constitution shared this responsibility, which sometimes excludes the society and family in the collection of their duties. The work also demonstrate that the principle of Absolute Priority has its roots in the Doctrine of Integral Protection, with its direct impact on the Child and Adolescent - ECA. Expose on the implementation of Absolute Priority Principle and the Doctrine of Integral Protection to situations involving child-related issues

⁸⁵

Estudante de Pós-graduação – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁸⁶

Estudante de Pós-graduação – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

and the teenager.

KEY-WORDS: Doctrine of integral protection. Fundamental rights. Duty of all.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, os direitos da criança e do adolescente alcançaram espaço marcante nas políticas sociais, nos programas de inclusão e na legislação constitucional e infraconstitucional, mas nem sempre contou com esse destaque, pois permaneceram despercebidos, por muito tempo, na atividade legislativa, vindo a ter um movimento de defesa mais intenso a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Essa mesma Declaração serviu também como impulso e embasamento para uma outra Declaração: a Declaração dos Direitos da Criança (1959), que foi ratificada pelo Brasil e trouxe diretrizes e princípios para a atual legislação que trata dos direitos da criança e do adolescente.

A Declaração dos Direitos da Criança adotou a Doutrina da Proteção Integral, que também foi adotada pela Constituição Federal de 1988 e se refletiu no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). A referida Doutrina eleva a população infanto-juvenil à condição de sujeitos de direitos, modificando a situação até então existente, onde os “pequenos” eram tratados como objeto de intervenção estatal, aplicando a eles a doutrina da situação irregular.

A Doutrina da Proteção Integral traz alguns princípios fundamentais para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, entre eles, o Princípio da Prioridade Absoluta, também consagrado no Artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e reproduzido no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A prioridade absoluta estabelecida na Carta Magna é o foco deste trabalho, que buscará demonstrar todo o cuidado que o legislador dedicou à população infanto-juvenil e delegou o dever de proteção e promoção dos direitos da criança e do adolescente ao Estado, sociedade e família. Se verá também, como destaque, que, de modo geral, se reputa ao Estado o dever de proteção e promoção dos direitos em tela, contudo, pela forma esculpida na Constituição Federal, a responsabilidade foi dirigida, de maneira coletiva e compartilhada, também à família e sociedade, para, de fato, prevalecer na íntegra a Proteção Integral.

Num primeiro momento o trabalho destacará, no que pertine, a preocupação dos Direitos Humanos, através da Declaração dos Direitos da Criança, com a necessidade de se prever uma proteção integral para a população infanto-juvenil, em virtude da sua vulnerabilidade, decorrente de condição peculiar de pessoa desenvolvimento. Se destacará também que essa preocupação se estendeu e é expressamente prevista na legislação

constitucional e infraconstitucional interna.

Na sequência, a pesquisa passará a tratar sobre o conceito da Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta, enquanto fundamentos legais que defendem e protegem os direitos fundamentais da infância, bem como, a aplicabilidade da prioridade absoluta nos temas que envolvem os “pequenos” cidadãos. Essa abordagem é justificada pela sua essencialidade basilar para o desenvolvimento do tema central.

Abordar-se-á, ainda, como foco central do trabalho, a responsabilidade imposta ao Estado, sociedade e família na proteção e promoção dos direitos da criança e do adolescente, que compõem a responsabilidade coletiva na defesa dos pequenos, ressaltando e priorizando a participação da família e sociedade, atores que também podem e são responsabilizados pela omissão ou descumprimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A pesquisa, para a confecção deste artigo, teve como fontes: doutrina, legislação, revistas e artigos veiculados por meio eletrônico.

A RAIZ DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA: A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

207

A Doutrina da Proteção Integral nasce, na legislação brasileira, pela sua previsão na Constituição Federal de 1988, sendo considerada uma inovação na legislação interna brasileira, em comparação com a legislação existente até então, porém, o seu marco internacional se deu a partir do reconhecimento dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada na Assembleia das Nações Unidas, em 1948.

Dentro de um processo evolutivo, outras declarações e convenções se desencadearam a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afim de buscar a atualização e especificidade sobre cada tema que a referida Declaração aborda, como expõe BOBBIO (2004, p. 33-34) ao analisar o referido instrumento:

[...] a comunidade internacional se encontra hoje não só com problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixa-lo cristalizar-se enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quando mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade para mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do

documento inicial. Limito-me a alguns exemplos. A *Declaração dos Direitos da Criança*, adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal [...]

A Declaração dos Direitos da Criança traz a discussão, de forma mais específica, sobre a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento e também destaca a dignidade da pessoa humana e os seus direitos, os quais são extensivos a toda população infanto-juvenil e foi considerado como um marco para introdução da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro, como destaca SALIBA (2006, p. 26:

A Convenção possibilitou a mudança de paradigma e foi um grande divisor de águas da história da condição jurídica da infância. Resultou dela o primeiro instrumento jurídico que, incorporado nas legislações nacionais, efetivamente garantia os direitos das crianças e dos adolescentes da América Latina.

[...]

A Convenção pode ser considerada o dispositivo central da nova doutrina da proteção integral.

A Doutrina da Proteção Integral ainda marca o fim do Código de Menores, em que se adotava a Doutrina da Situação Irregular, doutrina essa que considerava a criança e o adolescente como objetos de direitos, diferentemente da Doutrina da Proteção Integral, que os coloca como sujeitos de direitos, em atenção à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A Doutrina da Proteção Integral é pautada em conceitos essenciais para a proteção dos direitos fundamentais destinados à população infanto-juvenil, os quais também demonstram a necessidade de readequação da forma com que a infância e a juventude eram tratadas juridicamente, passando a ser aplicado o Princípio da Prioridade Absoluta.

Importante frisar que a população infanto-juvenil não está excluída dos direitos fundamentais outorgados a todos os brasileiros na Constituição Federal, entretanto, houve uma preocupação maior do legislador dedicando um cuidado-proteção aos “pequenos”, podendo, portanto, dizer que houve um tratamento especial na previsão legal e não uma separação de direito, ou seja, esses destinatários são tratados com prioridade absoluta.

Neste aspecto, vale destacar as considerações tecidas por TONIN (2014, p. 604-605), as quais bem definem as peculiaridades que envolvem o nascimento da Doutrina da Proteção Integral:

Para explicar, didaticamente o teor fundamental dessa Doutrina, é certo dizer que encontram-se os 03 (três) grandes pilares que melhor expressam as transformações ocorridas com a chegada no novo paradigma, ou seja, de um novo olhar, na nova forma de se considerar e respeitar a criança e o adolescente, a saber:

1. Como sujeitos de direitos (e deveres);
2. Como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento;
3. Como pessoas que necessitam de Prioridade Absoluta.

O primeiro pilar significa considerar as crianças e adolescentes não como ‘objetos de direito’, mas, sim, como sujeitos plenos de direitos [...]

O segundo pilar retrata a condição especial de desenvolvimento (Pergunta-se: que tipo de desenvolvimento?: biopsicossocial, acrescentando-se ainda, moral, espiritual, cultural, educacional, desportivo, recreativo) pelos quais passam a criança (toda pessoa de 0 a 12 anos incompletos) e o adolescente (de 12 a 18 anos).

O terceiro pilar é o mandamento constitucional insculpido no texto do art. 227 da CF/1998, no qual as questões da infância devem se converter em Absoluta Prioridade (por parte da família, da sociedade e do Estado/Poder Público), sendo estes o pré-requisito político-cultural das transformações preconizadas pelos dois pilares anteriores.

No mesmo sentido, SIMÕES e BERNARDI (2012, p. 83) dizem:

A chamada doutrina da proteção integral é o modelo de tratamento à infância e juventude adotado pelo legislador brasileiro na esteira de documentos internacionais em que a criança e o adolescente são considerados sujeitos de direitos.

Tal doutrina objetiva garantir os direitos das crianças e dos adolescentes como primazia e prioridade, a partir de ações do Estado família e a comunidade em geral.

Percebe-se, a partir dos instrumentos internacionais referenciados, a forte preocupação com os direitos humanos e direitos fundamentais e, mais verticalmente, com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em que a criança e o adolescente estão inseridos e que fundamenta a necessidade de previsão legislativa interna sobre o binômio “cuidado-proteção”.

É oportuno, para melhor entendimento sobre essa fase especial do desenvolvimento da criança e do adolescente, o esclarecimento da doutrina sobre o significado da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

Sustento que o ponto focal no qual se esteia a concepção positivada no texto constitucional é a compreensão de que – por se acharem na *peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento* – crianças e adolescentes encontram-se em situação especial de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram

completamente a sua personalidade.

Essa característica é inerente à condição de seres humanos ainda em processo de formação, sob todos os aspectos, v.g., físico (ainda nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, na própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc. (MACHADO, 2003, p. 108-109)

A delicada condição peculiar de pessoa humana em desenvolvimento exige maior proteção ao menor na legislação interna brasileira. Assim, a Constituição Federal dedicou-se em proteger a família, garantindo um sistema integrado de proteção, capaz de instituir políticas públicas para a implantação de toda assistência necessária que a família possa precisar, visando salvaguardar a criança e o adolescente durante o seu processo de formação.

Essa proteção transcende ao núcleo familiar e se estende a todas as esferas e situações quem a criança e o adolescente possam estar inclusos, seja no campo da saúde, educação, assistência social ou previdenciária, entre outros, como enfatiza SEREJO (2004, p. 72):

[...] a Constituição previu a preocupação do Estado com a assistência integral à família. Essa preocupação estendeu-se ao aspecto previdenciário, à educação e à saúde, em um vasto arco traçado pelo art. 227 e seus parágrafos.

Estabelece o citado artigo uma verdadeira política de atuação para garantir assistência integral à família, com a criação de programas de integração social, prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e mental.

210

A garantia de destinação dos direitos fundamentais é também destacada na legislação específica outorgada ao menor. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente vinculou-se ao texto constitucional e, em seu artigo 3º, também assegurou os direitos fundamentais e repetiu a adoção da Doutrina da Proteção Integral, fixando os princípios a serem observados em todas as situações que abarquem a população infanto-juvenil:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Depois de conceituada e situada a Doutrina da Proteção Integral, dentro da legislação brasileira, é importante, para o objetivo deste trabalho, conceituar o Princípio da Prioridade Absoluta, bem como, destacá-lo dentro da Doutrina da Proteção Integral. É o que se passa a expor.

O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E SUA

APLICAÇÃO

O Princípio da Prioridade Absoluta está previsto no artigo 227, da Constituição Federal e também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e está pautado na primazia em favor das crianças e adolescentes.

Essa primazia garante que os direitos fundamentais da criança e do adolescente sejam observados e priorizados em qualquer setor ou instância em que possam ser tratados e tem por objetivo concretizar a Doutrina da Proteção Integral, como destaca AMIM (2010, p. 20):

Trata-se de Princípio constitucional estabelecido pelo artigo 227 da Lei Maior, com previsão no artigo 4º da Lei nº 8.069/90.

Estabelece em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.

Ressalte-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, caput, da Constituição da República e reenumerados no caput do artigo 4º do ECA.

A prioridade absoluta não protege apenas os direitos fundamentais, mas é também entrelaçada a outras áreas do direito e fora dele, devendo todas elas se curvarem ao preceito constitucional e dedicar prioridade na tramitação e conclusão/solução dos temas relativos à população infanto-juvenil, articulando a multidisciplinariedade, como se extrai da interpretação do artigo de VERONESE (2012, p. 50):

O Direito da Criança e do Adolescente se estrutura com vistas ao Direito Internacional Público e Privado, ante os Tratados e as Convenções Internacionais, que no caso brasileiro defere absoluta prioridade à criança e ao adolescente; ao Direito Civil, Penal, Trabalhista, Processual e, ainda, a certas leis extravagantes, como a Lei da Ação Civil Pública, de necessária abordagem em se tratando de tutela dos interesses difusos e coletivos.

Devemos considerar ainda, o seu entrelaçamento com outras áreas do conhecimento que não o jurídico, como a Sociologia, a Psicologia, a Pedagogia, a Criminologia, etc.

Toda a primazia que alimenta e sustenta o Princípio da Prioridade Absoluta, procura colocar os seus destinatários a salvo de qualquer lesão ou violação de direitos, decorrentes da sua vulnerabilidade, que marca a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, como já exposto.

Essa condição exige um atendimento de qualidade e com prioridade, pois a insatisfação dos direitos fundamentais destes receptores, pode trazer grandes consequências

ao seu desenvolvimento físico e psicológico, que se refletirá negativamente no futuro adulto, como assevera GARRIDO (2002, p. 54): “A criança ou o adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.”

Vale destacar ainda, que a aplicabilidade da primazia não se restringe à obediência da legislação interna, ao contrário, a legislação brasileira decorre, como já dito, da Convenção dos Direitos da Criança, que foi ratificada, sem qualquer reserva, na Conferência de Viena, cuja Declaração expressamente prevê: “A não discriminação e o interesse superior da criança devem ser considerações fundamentais em todas as atividades dirigidas à infância, levando na devida consideração a opinião dos próprios interessados.”

É possível afirmar, por tudo o que já se demonstrou, que o Princípio da Prioridade Absoluta é a mola propulsora de todo o sistema protetivo, que tem seu núcleo essencial na primazia. É essa primazia que vai garantir o cuidado primordial à criança e ao adolescente em todo o seu desenvolvimento até o final da adolescência e o início da vida adulta, garante ainda, e atendimento prioritário em qualquer situação e fato, nas mais diversas esferas, órgãos e entidades, visando sempre a satisfação dos direitos fundamentais e a proteção do seu desenvolvimento enquanto pessoa humana.

Seguindo a necessidade de atendimento prioritário que possui a criança e o adolescente, a Lei Maior buscou garantir que os temas que abrangem a infância e adolescência, sejam direitos fundamentais, políticas públicas ou qualquer situação, estejam albergados pela guarda das garantias constitucionais. Desta forma, os instrumentos protetivos e asseguratórios utilizados como garantias constitucionais, devem ser manejados sempre que estes temas sejam desafiados ou lesados.

A aplicação do referido Princípio é trazida no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, Parágrafo único, que expressa:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Pela interpretação do citado dispositivo legal, bem como, pela interpretação da legislação constitucional, constata-se o rol de direitos fundamentais, que por sua natureza

jurídica, têm aplicação imediata, como prevê o seu art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Neste sentido, SILVA (2012, p. 180), afirma: “A *Constituição é expressa sobre o assunto, quanto estatui que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Ocorre, porém, que quando a aplicabilidade imediata não é respeitada pelos atores sociais envolvidos, se faz imperiosa a atividade jurisdicional, através de meios legais próprios, como prevê a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre a garantia da aplicação das normas constitucionais, BARROSO (2000, p.121), destaca:

As diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas.

Assim, cabe incluir o Poder Judiciário como garantidor dessa da aplicabilidade de direitos, para que os direitos fundamentais sejam restaurados e efetivados e, nesta atividade, o Princípio da Prioridade Absoluta deve ser enfatizado, para que as demandas judiciais ou intervenções necessárias, sejam solucionadas e prestadas com a maior brevidade possível.

Destacando a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos da criança e do adolescente, MACHADO (2003, p. 141) diz:

Na esfera da tutela jurisdicional, essa participação, embora não expressa e completamente pormenorizada, dá-se na medida em que a Constituição não apenas criou poderosos instrumentos de defesa judicial dos direitos fundamentais – refiro-me aos aspectos anteriormente mencionado, ligado à conformação de direitos coletivos e difusos e à criação no plano constitucional de instrumentos processuais de defesa deles, com especial destaque para a ação civil pública -, como possibilitou a legitimação da sociedade civil organizada para a provocação da tutela jurisdicional em defesa dos direitos de crianças e adolescentes (na Constituição Federal, artigo 129, §1º, concretizado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nos Poderes Legislativo e Executivo o referido Princípio também deve ser observado, principalmente, na necessidade de implementação das políticas elaboradas ou confecção de novas normas e regras necessárias à regulamentação das atividades voltadas

para a satisfação dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, inclusive aquelas de destinação orçamentária, conforme o já citado Parágrafo único do artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que tange às políticas públicas, sociais ou assistenciais e respectivos orçamentos, o que envolve os entes federados, devem também ser objeto de destaque e fundamento a aplicação do Princípio da Prioridade Absoluta, como escrevem DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p. 8):

O cumprimento deste verdadeiro *comando normativo*, decorrente do *princípio constitucional da prioridade absoluta* à criança e ao adolescente, *exige a adequação dos orçamentos públicos dos diversos entes federados* às necessidades específicas da população infanto-juvenil, através da previsão dos recursos indispensáveis à implementação de políticas básicas (art. 87, inciso I do ECA), políticas e programas de assistência social (art. 87, inciso II, do ECA) e programas de prevenção, proteção especial e socioeducativos (arts. 88, inciso III c/c 90, 101, 112 e 129, todos do ECA), com foco *prioritário* no atendimento de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias. (*grifo do autor*)

O Princípio da Prioridade Absoluta também é observado em comparação a outras legislações protetivas, a exemplo do Estatuto da Juventude e do Estatuto do Idoso em que os idosos são preteridos em relação à criança e o adolescente, devendo o executor do mando legislativo observar a prioridade absoluta que acompanha os temas relacionados à população infanto-juvenil, tendo estes, preferência em relação aos demais assuntos em pauta.

O significado do Princípio da Prioridade Absoluta permite a vinculação de obrigações a todas as pessoas, envolvendo familiares, vizinhos, profissionais que estejam prestando o atendimento à população infanto-juvenil ou até mesmo que não esteja prestando o atendimento, mas seja receptor de notícias de violação dos direitos fundamentais do “pequeno” cidadão. Vincula ainda, de maneira direta, o poder público, dentro dos poderes legislativos, executivo e judiciário, em todas as suas esferas. Envolve também a sociedade civil organizada e não organizadas, ou seja, a toda coletividade que possa ter contato direto ou indireto com o menor.

Toda essa vinculação de obrigações, gera uma responsabilidade coletiva, a qual se se passa a abordar.

RESPONSABILIDADE COLETIVA E COMPARTILHADA - DEVER DE TODOS NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente são seres em desenvolvimento, como já amplamente

exposto, e, por isso, carecem da atenção e cuidados de outros atores sociais, para o atendimento de suas necessidades, formação e proteção. Assim, visando o atendimento dessa condição especial e seguindo a Doutrina da Proteção Integral, a Constituição Federal delegou responsabilidade para o Estado, sociedade e família, como expressa o seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

As mesmas obrigações são também destacadas no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

215

Neste sistema integrado, a legislação envolveu o Estado, sociedade e família, como protagonistas das ações articuladas em prol do menor. Estas ações implementam os direitos fundamentais e executam as garantias de atendimento, que adentram também no campo familiar e jurídico, com atuações nas esferas federal, estadual e municipal. Essas garantias vão desde a simples atenção aos direitos fundamentais básicos, passando pela prevenção, até a repressão e punição para os violadores dos direitos da população infanto-juvenil.

Neste sentido, a doutrina diz:

O exercício dos direitos e deveres da criança e do adolescente está garantido por um conjunto de ações integradas da sociedade e do Estado, que têm como linhas-mestras: As políticas sociais básicas; Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para os necessitados; Os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligências, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; Serviços de identificação e localização de pais, responsáveis, e crianças e adolescentes desaparecidos; A proteção jurídico-social por entidades de defesa da criança e do adolescente (ECA, artigo 87). (NAVES; GAZONI, 2010, p. 157)

O primeiro ator social elencado no artigo 227 da Constituição Federal é a família, que além do vínculo biológico, afetivo e material, além de serem responsáveis legais, o que, *per*

si, agrega deveres exclusivos da família, decorrente também do seu pátrio poder, é o ator social mais próximo da criança e o que poderá contribuir para a satisfação das necessidades que, porventura, enfrentem os “pequenos” cidadãos.

Neste sentido, SILVA (2012, p. 853):

Essa família, que recebe total proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente e do jovem enumerado no art. 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Coloca-los a salvo de toda forma de crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever. (*grifo nosso*)

A família é a responsável pelo completo desenvolvimento da criança, já que tem o dever de suprir o seu sustento material e emocional, pelos cuidados em mantê-la em boa condição a sua saúde, educação, lazer, convivência familiar e integração social, visando a formação do adulto sadio e integrado na sociedade, obrigações que também decorre do seu poder familiar.

Vale, contudo, destacar que na ausência de condições para atendimento das necessidades dos menores, o Estado pode comparecer como apoio, inclusive material, para que não haja qualquer prejuízo ao bom e completo desenvolvimento da criança e do adolescente.

De outro lado, também pela proximidade citada, a família pode ser o algoz da desintegração do sistema de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, devido a situações que, eventualmente, são geradas dentro do núcleo familiar, por inúmeros fatores, que acabam por desagregar a família e comprometer a estrutura de formação moral, física e psicológica da criança, colocando-a em situação de risco.

No mesmo sentido, ARAÚJO e NUNES JÚNIOR (2009, p. 518-519) dizem:

A Constituição Federal ainda revelou-se preocupada com a situação dentro da família, especialmente protegendo a criança e o adolescente da violência familiar. Muitas vezes, verifica-se que o processo de desintegração da criança tem início dentro da própria casa, quer por violência sexual, quer por agressão física, quer, ainda, por violência moral. De qualquer forma, é dever do Estado desempenhar papel para que isso seja evitado. A assistência social deve atuar nas áreas críticas para que inexista violência contra a criança e o adolescente.

É certo que nenhuma criança será retirada da sua família pela condição financeira

desta, porém, há casos que essa família é omissa em relação aos seus filhos, recusando o auxílio que lhe pode prestar o Estado e, desta forma, expondo seu herdeiro à situação de risco, que também pode comprometer o seu desenvolvimento, nesse momento, a sociedade é convidada a agir em prol dos menores.

Neste cenário, os Conselhos Tutelares, que são órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente e não de mecanismos de punição dos menores, têm especial participação, salvaguardando a vida dos pequenos, dos riscos de sua manutenção no seio da família omissa, inclusive participando do processo de afastamento da criança e do adolescente de seu lar, em virtude da desídia familiar, em situações específicas, direcionando estas situações para o Ministério Público.

Assim, é latente a responsabilidade da família na proteção e promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, não apenas por ter a criança inserida no núcleo familiar, mas também por toda a obrigação legal para com os “pequenos”, como determina a previsão constitucional.

Fica clara também, que a participação do Estado no núcleo familiar é subsidiária, reputando à família o amparo primário no desenvolvimento da pessoa humana e sua formação, posto que o Estado participa desse processo, quando chamado e não como protagonista.

Quanto à responsabilidade dirigida à sociedade, é importante frisar que todas as instituições que tenham representantes da sociedade estão inseridas pela abrangência do artigo 227, da Constituição Federal, como membros atuantes ou que exercendo o papel de fiscal no cumprimento do mando legal. Neste sentido, os Conselhos de Direitos têm condições de exercer esse papel, como destaca o Prefácio do trabalho de DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p. iii):

Em outro ângulo é necessário ampliar cada vez mais a participação da sociedade civil nas instancias democráticas dos Conselhos Tutelares, a quem incumbe fiscalizar o adequado funcionamento de todo o sistema de atendimento à infância e juventude (podendo inclusive requisitar serviços públicos para viabilizar a execução das medidas que aplica) e dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente.

No que diz respeito à política de atendimento da infância e juventude – a ser deliberada pelos Conselhos de Direitos enquanto espaços de democracia participativa – de se reforçar o raciocínio de que, além da escola, da família e de outros espaços adequados para o seu desenvolvimento, lugar de criança é nos orçamentos públicos, cumprindo-se o princípio constitucional da prioridade absoluta no que tange à preferência de formulação das políticas públicas, assim, como, especialmente, à destinação privilegiada de recursos para a área (art. 4º, par. Único, alíneas ‘c’ e ‘d’ da Lei nº 8.069/1990).

Ainda, com relação à sociedade organizada, a sua participação é primordial no planejamento e execução de políticas públicas, em atividades coordenadas com o Poder Público, como observa a doutrina:

Já na esfera das políticas públicas a participação popular veio expressamente destacada pela remissão do parágrafo 7º do artigo 227 ao artigo 204 da CF: a) institui-se, como comando constitucional, a participação popular na formulação e controle das ações, ou seja, no controle da execução das políticas públicas relacionadas com a proteção de crianças e adolescentes (art. 204, II, da CF); b) chamou-se as comunidades organizadas em entidades sociais, ou organizações não governamentais se assim preferir, a executar uma parcela das políticas públicas em atenção à infância e à adolescência (art. 204, I, *in fine*, da CF).

Essa participação da comunidade organizada na defesa dos direitos de crianças e adolescentes reforça a noção de proteção integral deles e, penso, deriva também da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, pela faceta de maior vulnerabilidade que ela traz em si, mas sobretudo, pela faceta de força potencial de transformação da realidade para redução da dignidade humana e aos objetivos fundamentais da República referidos no art. 3º da Constituição Federal. (MACHADO, 2003, p. 141)

218

Aos demais componentes da sociedade, que não se achem inseridos em instituições ou nos Conselhos de Direitos, ou seja, a comunidade que convive próxima ao menor, como vizinhos e a equipe escolar e de saúde, por exemplo, também é dirigida a responsabilidade de cumprir os preceitos da Doutrina da Proteção Integral. Essa responsabilidade pode figurar como o dever de denunciar abusos e maus tratos que vitima a criança, ou encaminhar o menor abandonado aos núcleos de atendimento ou Conselhos Tutelares.

O Estado tem participação relevante nesse processo de desenvolvimento e proteção, em todos os sentidos, na implementação, prestação e proteção dos direitos fundamentais estabelecidos, de que são detentores a população infanto-juvenil. Sua participação pode dar início à atuação dos demais atores sociais, devido a sua estrutura e poder que exerce, bem como, por ser o detentor dos recursos financeiros necessários ao atendimento das necessidades dessa população específica e de todos os demais envolvidos.

O dever de prestação dos direitos fundamentais pelo Estado, figura como verdadeiro princípio objetivo, não sendo necessária qualquer intervenção judicial para o seu cumprimento, pelo menos, dessa forma deveria ser.

Nesse sentido, HESSE (1998, p. 278-288) destaca:

Ponto de partida para isso é a compreensão dos direitos fundamentais como

princípios objetivos que obrigam o Estado a fazer o possível para realizar direitos fundamentais. Em conformidade com isso, pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados, mas também por outros Estados, portanto, por "pessoas" ou "poderes" [...].

Assim, o Estado enquanto destinatário de obrigações para com o cidadão brasileiro, é também o encarregado de promover a estrutura para, por exemplo, que a educação e saúde da criança e adolescente sejam efetivados, como dizem ARAÚJO e NUNES JÚNIOR (2009, p. 519): “Estado deve promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente”.

A participação de forma integrada entre a família, sociedade e Estado é primordial para o bem-estar e desenvolvimento adequado do futuro adulto. Vale, neste sentido, destacar a conclusão, trazida por NAVES e GAZONI (2010, p. 35), sobre a participação dos atores sociais, na efetivação dos direitos e garantias fundamentais infanto-juvenis:

A parceria entre esses atores (Estado, sociedade e família) é fundamental para a eficácia dos ditames trazidos pela lei, uma vez que cumpre ao Estado, provedor de recursos, orientar as políticas públicas de forma ampla e direcionada. À sociedade, cabe o auxílio ao Estado em sua tarefa e também o acompanhamento e monitoramento da efetividade das políticas públicas. E à família, responsável pelo suporte direto das crianças e adolescentes sob sua guarda, cumpre manter uma atuação em harmonia com os interesses e direitos de seus mais jovens integrantes.

219

No mesmo sentido, TELLES e COLTRO (2008, p. 72), dizem:

Dos sujeitos a que confere obrigações, e de que trata o artigo 4º do ECA, somente a família tem efetivamente participado. O conceito, o conjunto de regras e os mecanismos previstos no Estatuto não bastam para garantir que os direitos das crianças e dos adolescentes estejam assegurados. É necessário, como determina o referido artigo, que também a **comunidade**, a **sociedade** e o **Poder Público** atuem na concretização desses direitos, dando **efetividade** nele constante.

Para tanto, é preciso que haja uma conscientização a respeito da responsabilidade que cada um de nós tem, tanto como membro de uma família, quanto como cidadãos que somos, membros da comunidade e que deve ser efetivamente representada pelo Poder Público. É necessário garantir a eficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente não só nos palcos político e administrativo, como também no tocante a uma mudança de mentalidade no âmbito das autoridades e da população, que precisa se envolver mais, lembrando que o **cuidado** também envolve o ser sujeito de **cuidado**. Precisamos determinar quais valores a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público desejam transmitir às crianças e aos jovens, pois não basta este avançado texto legal sem a participação de todos, com

vista a sua implementação prática. (*grifo do autor*)

Como já dito, o Estado tem, sim, a sua função essencial no desenvolvimento das políticas públicas, na oferta assistencial à família, no implemento e manejo da estrutura necessária para o pleno acesso à educação, saúde e outros direitos, tal qual, os serviços essenciais, contudo, é primordial a iniciativa e participação dos demais atores sociais, já que a criança e adolescentes têm a sua limitação, não possuindo condições de reivindicar e fazer com que os seus direitos sejam cumprido sem a atuação dos seus responsáveis ou auxílio de adultos.

Além disso, a sociedade tem condições e dever de exercer a função fiscalizadora/auxiliar na proteção do menor, pois são os “olhos alheios” que conseguem, em determinados casos, enxergar e ajudar a reprimir e reparar as lesões concretas ou ameaças aos direitos fundamentais do “pequenos”.

Por tudo que foi exposto, constata-se que não se pode ignorar a importante presença e participação do Estado, entretanto, somente o Estado não consegue amparar, proteger e atender aos interesses do menor, sendo essencial a efetiva atuação da família e sociedade como condutores da criança para a sua inserção na proteção estatal. Assim, não se pode admitir que apenas o Estado tem deveres para com as crianças e adolescentes, sendo clara a responsabilidade coletiva.

As obrigações imputadas à família e sociedade, quando descumpridas ou desrespeitadas, geram consequências e punições, pelo que, é possível afirmar que não há justificativa ou possibilidade de inércia diante das situações de flagrante violação de direitos que possam sofrer a criança e o adolescente.

Na sequência, passa-se a tratar sobre a previsão legal de punições pela omissão nessa responsabilidade coletiva.

A PREVISÃO DE PUNIÇÃO PARA A OMISSÃO NA RESPONSABILIDADE COLETIVA E NA LESÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observada a legislação trazida sobre os direitos fundamentais voltados à criança e ao adolescente, sua proteção e delimitadas as participações dos atores sociais na promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, é importante destacar que o desrespeito e qualquer tipo de omissão na efetivação destes direitos, além de gerar consequências diretas ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, pode também configurar lesão e violação aos direitos fundamentais do menor.

A lesão ou ameaça de violação de direitos pode ser punida pelo sistema de repressão,

com consequência jurídica, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes e composto pela tipificação de infrações administrativas, que são aplicadas pelo juízo da Infância e Juventude, as quais, neste trabalho, não se pretende tratar detalhadamente de cada tipo, mas apenas destacar a preocupação legal com a necessidade de punição pela inobservância ou desrespeito à legislação menorista.

A previsão de sanção comporta a prevenção contra a lesão destes direitos, na intenção de que o hipotético violador se sinta intimidado e não venha a cometer a violação de direitos e, se violar, que sejam punidos, conforme a tipificação legal, já que as infrações administrativas também têm caráter repressivo.

O caráter essencial de previsão punitiva à ameaça ou lesão aos direitos fundamentais decorre também da proteção integral, como diz a doutrina:

A norma tipificadora, assim, funciona também numa vasta **rede de proteção integral** do direito fundamental da criança e do adolescente acima mencionada como medida visando a fornecer **efetividade a esse direito fundamental**, prevista no art. 227, *caput* da Constituição da República. (ISHIDA. 2009, p. 138) (*grifo do autor*)

As sanções, que decorrem do poder de polícia do Estado, podem ser restritivas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, como ensina a doutrina:

[...] o legislador, no limite das atribuições que lhe são conferidas, pressupondo que certas ocorrências causam maior repúdio à sociedade porque relacionadas com bens jurídicos carecedores de especial proteção, estabelece, de um modo geral, peculiares consequências jurídicas que ora tolhem o direito de liberdade (ir, vir e permanecer) dos cidadãos, ora ensejam a imposição de penas restritivas de direitos ou simplesmente penas administrativas, que, na sua maioria, são pecuniárias (multa), e decorrem do poder de polícia do Estado. (RAMOS. 2010, 436-437)

A legislação específica, de forma exemplificativa, elenca as situações passíveis de punição, como destaca ISHIDA (2009, p. 9-10):

Assim, o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Para efetivação e resguardo desse direito, o art. 245 da lei menorista pune o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche que deixe de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente.

Percebe-se, que a punição envolve todos os atores inseridos no contexto de qualquer tipo de lesão e violação de direitos, como preconiza o art. 70, do Estatuto da Criança e do Adolescente “... *dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.*”, e, pela doutrina, é possível afirmar essa preocupação decorre da proteção integral, inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, RAMOS (2010, p. 439) diz:

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente impõe, dessa forma, que as infrações administrativas sejam interpretadas com vistas a salvaguardar os interesses de crianças e adolescentes de maneira sistemática e completa, haja vista a obrigação da família, da sociedade e do Estado na proteção das pessoas humanas em desenvolvimento.

Deve-se ter conhecimento das sanções previstas para que os envolvidos no desenvolvimento da criança e do adolescente, que, porventura, venham a cometer a lesão ou violação de direitos e que todos tomem a consciência de sua responsabilidade coletiva e constitucional para com a criança e o adolescente, traduzida na Doutrina da Proteção Integral.

Essa postura deve também ser implementada por aqueles que responde pelo Poder Público, em todas as suas esferas, sendo, inclusive, a orientação doutrinária:

Nessa visão, o Poder Judiciário, o Ministério Público e os demais Poderes da República precisam implementar na prática diária de suas decisões, os modernos paradigmas de proteção integral e da garantia da prioridade absoluta na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. (SOUZA. 2008, p. 212)

Como já destacado, neste trabalho não se pretende esgotar o tópico sobre as infrações administrativas, com a descrição dos tipos previstos, contudo, é imperioso frisar, mais uma vez, que os atores sociais citados no art. 227, da Constituição Federal, podem ser punidos na situação nas situações de lesão ou violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como, ter ciência do dever constitucional de todos na defesa e promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não pretendeu dissecar toda a discussão sobre o Princípio da Prioridade Absoluta, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, teve como objetivo, destacar a preocupação do legislador constitucional com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se encontra a criança e o adolescente, pela adoção da Doutrina da Proteção Integral, e, com isso, colocar os seus direitos

fundamentais a salvo de lesões que possam ser provocadas até mesmo pela família.

De todo o apanhado sobre a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta se extrai que a criança e o adolescente devem ser considerados e respeitados como sujeitos de direitos e que os seus direitos devem ser, de igual forma, também respeitados e colocados em práticas por todos aqueles que estejam inseridos no convívio familiar, no ambiente escolar ou mesmo nas situações cotidianas que estas crianças e adolescentes são expostos.

Contudo, na atualidade, a preocupação de é como garantir e evitar violações a esses direitos, sendo necessário, para esse fim, a participação efetiva e consciente de todos da família e sociedade, bem como, o cumprimento de suas obrigações, sob pena de sanção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescentes, afastando a prática rotineira de imputar ao Estado toda essa responsabilidade, com a suposta isenção de envolvimento nas situações relativas ao menor.

Assim, tentou-se trazer a visão de que todos estamos inseridos na responsabilidade coletiva e compartilhada de conhecer, fiscalizar e participar da proteção integral aplicada ao menor, em obediência à Constituição Federal, enquanto família ou sociedade, os quais também podem ser punidos na situação de lesão aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

223

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19-30.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coords.). **Inclusão social e direitos fundamentais**. Birigui: Boreal, 2009. p. 193-209.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ISHIDA, Valter Kenji. **A infração administrativa no estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo, **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. **Direito ao futuro: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Infrações administrativas. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 435-522.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 2.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIMÕES, Alexandre Gazetta; BERNARDI, Renato. Ponderações sobre a “Lei da Palmada. In: BERNARDI, Renato; LAZARI, Rafael José Nadim (Orgs.). **Intervenção do Estado na vida das pessoas: estudos sobre a proteção à criança e ao adolescente**. Birigui: Boreal, 2012. p. 67-91.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

TELLES, Marília de Campos Oliveira e, COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O Estatuto da Criança e do Adolescente: uma lei de gente grande. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 101, p. 70-76, dez. 2008.

TONIN, Marta Marília. Crianças, adolescentes, jovens e idosos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro: Constituições econômica e social**. v. III. São Paulo: RT, 2014. p. 599-616.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT E O CASO EICHMANN: REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA

Ana Carolina Turquino TURATTO⁸⁷

RESUMO

Trata-se de uma reflexão acerca da justiça a partir da análise de Hannah Arendt do julgamento de Eichmann pelo tribunal de Jerusalém, tendo por propulsão o porquê da concordância de Arendt com a pena de morte imposta ao réu e disso concluir pela realização da justiça ao caso, apesar das severas críticas tecidas ao processamento. Da pesquisa teórica pela revisão bibliográfica das obras da filósofa e de seus comentadores, pode-se depreender que, segundo Arendt, seria o axioma socrático da não contradição em questões morais que faz com que pessoas não abram mão das faculdades do juízo e de fazer escolhas certas, caso contrário não conseguiriam conviver consigo mesmas. No caso Eichmann, embora consciente de seus atos, o réu optou por não pensar e julgar. Diante dessa escolha, tornou-se um risco à humanidade, que decidiu por não querer conviver mais com ele, aplicando-lhe, por meio do tribunal, o axioma socrático. Nesse sentido, a justiça feita teria sido política, no interesse não de um Estado específico, mas no interesse da humanidade, cuja existência se caracteriza pela pluralidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hannah Arendt. Julgamento. Política. Consciência. Julgar.

ABSTRACT

This is a reflection on justice from Hannah Arendt's analysis of the Eichmann trial at Jerusalem court, with the propulsion why Arendt's agreement with the death penalty imposed on the accused and that the complete accomplishment of justice to the case, in spite of severe criticisms for processing. From the theoretical research by literature review of the works of philosopher and her commentators, it might be concluded that, according to Arendt, would be the Socratic axiom of non-contradiction in moral issues that causes people not to relinquish the faculties of judgment and making choices certain otherwise could not live with themselves. In the Eichmann case, although aware of his actions, the accused chose not to think and judge. Faced with this choice, it has become a threat to humanity, which decided not willing to live more with him, applying him, through the court, the Socratic axiom. In this sense, justice done would have been political, not in the interests of a particular State, but in the interest of mankind, whose existence is characterized by plurality.

KEYWORDS: Hannah Arendt. Judgment. Politics. Awareness.

INTRODUÇÃO

A motivação e o problema da presente pesquisa foram retirados do livro de Hannah Arendt intitulado *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, mais especificamente do epílogo e do pós-escrito. O que causou perplexidade, apesar das severas críticas tecidas por Arendt ao julgamento de Eichmann pela Corte de Jerusalém, é a

⁸⁷

Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual de Londrina

concordância da filósofa com a pena capital aplicada ao réu.

Disso indagou-se acerca do que levou Arendt a concordar com a pena imposta, já que a filósofa, nas referidas partes finais do livro, afirma que um julgamento judicial deve sempre e somente ser feito no interesse da justiça a fim de que as coisas, dentro do possível, sejam reestabelecidas, julgando-se o ato e determinando-se a sanção devida. Nessa ordem de ideias, então, para Arendt o julgamento teria realizado a devida justiça no caso.

Da referida indagação motivadora surge o problema que perpassa este artigo: o que seria justiça para Arendt? Mais exatamente, o que seria justiça no caso Eichmann? Já que, conforme relatado pela filósofa, o processo, enquanto instrumento legitimado pelos Estados para que se exerça a jurisdição com intuito de se pacificar, harmonizar e coordenar as pessoas segundo uma ordem legal pré-estabelecida, foi eivado de excepcionalidades que correntemente, nos sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*, dariam margem a nulidades que eivariam o processo. A partir dessas constatações, poder-se-ia admitir a aplicação da pena de morte e se afirmar pela ocorrência de justiça?

Cumprir destacar que a atenção do trabalho é sobre a questão da justiça, sendo o assunto pena de morte apenas o mote propulsor da pesquisa, pois, a princípio, a hipótese seria pela impossibilidade de congruência entre justiça e se ceifar uma vida para que se reestabelecesse a ordem após alguns terem deliberado por colocar o mundo de cabeça para baixo, até mesmo porque a tarefa da ordem jurídica é a de conciliar as relações conflituosas, a fim de maximizar a realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifícios e desgastes.

Para se alcançar uma possível resposta às indagações apresentadas acima, a pesquisa analisou o perfil do réu e as suas atividades, dando-se ênfase àquilo que tornou possível as condutas criminosas que o levaram, conseqüentemente, à Corte, examinando-se se a prática desses atos estava de alguma forma permeada pela consciência do réu; em seguida enfocou-se o julgamento judicial perante o Tribunal para, ao final, verificar-se se a consciência do acusado era refletida pelo pensar para que ele formasse um juízo e, assim, abordar o que seria justiça sob a perspectiva do julgar, já que este é para Arendt a mais política das faculdades humanas.

RELATO DO JULGAMENTO DE OTTO ADOLF EICHMANN

O presente artigo tem como referência o livro de Hannah Arendt lançado em maio de 1963, denominado *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. A referida obra resulta do próprio oferecimento da autora para a cobertura do julgamento de Eichmann, cujo processo tramitou em Jerusalém em 1961, para a revista norte-americana *TheNew*

Yorker. O relato de Arendt foi publicado inicialmente na referida revista nos meses de fevereiro e março de 1963 na forma de cinco artigos.

Torna-se necessário, inicialmente, apresentar as considerações realizadas por Arendt acerca da figura central do julgamento, o réu Otto Adolf Eichmann, quanto ao seu perfil e suas atividades, enfocando-se aquilo que dera margem às condutas criminosas que o levaram à Corte. O relato do caso Eichmann norteará o presente estudo a respeito da reflexão sobre a justiça.

SOBRE EICHMANN E A SUA PERÍCIA

Na obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, Arendt revela que a contemporaneidade demonstrou o quão se é capaz de cometer atrocidades, revelando a maldade em sua dimensão desconhecida, inimaginável e ilimitada (MÜLLER, 2010, p. 38). O paradigma para essa análise foi o réu Otto Adolf Eichmann, submetido a julgamento “por seu papel na questão da ‘solução final dos judeus’” (ARENDR, 1999, p. 15), isso segundo o primeiro-ministro de Israel à época, David Ben-Gurion, pois para Arendt o julgamento deveria se pautar pelo crime de genocídio enquanto violação da “comunidade e pluralidade de todos os humanos da terra” (CORREIA, 2007, p. 53) e não pelo assassinato de muitas vítimas.

Eichmann, para a acusação era o monstro perverso responsável por todas as atrocidades cometidas aos judeus, mas a autora o descreveu perante o julgamento nos seguintes termos:

[...] aquele homem dentro da cabine de vidro construída para sua proteção: altura mediana, magro, meia-idade, quase calvo, dentes tortos e olhos míopes, que ao longo de todo o julgamento fica esticando o pescoço para olhar o banco das testemunhas (sem olhar nem uma vez para a platéia), que tenta desesperadamente, e quase sempre consegue, manter o autocontrole, apesar do tique nervoso que lhe retorce a boca provavelmente desde muito antes do começo deste julgamento (ARENDR, 1999, p. 15).

Apesar de todos os esforços da promotoria, todo mundo percebia que esse homem não era um ‘monstro’, mas era difícil não desconfiar que fosse um palhaço (ARENDR, 1999, p. 67).

Para Arendt (1999, p. 39-40, 45), Eichmann era uma pessoa sem grandes perspectivas para a sua vida, que encontrou na filiação ao Partido Nacional Socialista e na entrada para a SS (*Schutzstaffel*), em 1932, um novo começo com chances de ainda construir uma carreira. Arendt destaca que Eichmann não possuía qualquer convicção para se filiar a esses grupos ou

para se tornar nazista. A propósito, quanto à desnecessidade da convicção para ser nazista, Arendt (2004b, p. 117) ressalta que “a verdadeira questão moral não surgiu com o comportamento dos nazistas, mas daqueles que apenas se ‘organizaram’ e não agiram por convicção”.

A carreira de Eichmann, que o levaria ao tribunal, iniciou-se em 1934 com o ingresso no Serviço de Segurança (SD) da *Reichsführer*, para atuar no departamento referente aos judeus. Nesse departamento é que Eichmann entrara em contato com os ideais sionistas e adquirira conhecimento de um pouco de iídiche; após quatro anos de aprendizado se tornara um “perito” nos assuntos referentes aos judeus (ARENDR, 1999, p. 53).

Em 1938, Eichmann fora enviado para Viena onde teria que organizar a expulsão dos judeus. Ao executar a sua função, Eichmann atingiu resultados extraordinários: em oito meses, quarenta e cinco mil judeus deixaram “legalmente” a Áustria (ARENDR, 1999, p. 56), enquanto, no mesmo período, menos de dezenove mil deixaram a Alemanha.

Eichmann, exímio funcionário e cumpridor de metas, conseguira tal resultado por sua capacidade de organização e negociação, tanto que criara uma linha de produção para a emissão de passaportes: todos os entes relacionados com a expedição de documentos foram alocados no mesmo espaço e foram obrigados a realizar os seus serviços diante do requerente, o que evitava subterfúgios e acelerava o procedimento.

Ao estar na presença de Eichmann no julgamento, Arendt (1999, p. 60) constataria o que nele havia de mais grave: a sua “quase total incapacidade de olhar qualquer coisa sob o ponto de vista do outro”. A incapacidade de olhar sob a perspectiva do outro é percebida no momento em que Eichmann, ao relatar os seus serviços iniciais em Viena, diz que os “seus homens e os judeus estavam todos ‘se esforçando juntos’” e que havia a coincidência da vontade dos judeus de emigrarem e a vontade dos nazistas de terem o *Reichjudenrein*: os desejos coincidiam e ele poderia “fazer justiça a ambas as partes” (ARENDR, 1999, p. 60).

Outra verificação da autora (ARENDR, 1999, p. 61-62, 67) era a incapacidade de Eichmann de se expressar — poderia ser um caso de afasia — tanto que, quando as respostas ao seu interrogatório não eram compreendidas pelos juízes, o réu não conseguia se fazer entender, justificando-se que a sua única língua era o oficialês. Para Arendt tudo o que Eichmann dizia era vazio porque ele somente conseguia se utilizar de clichês e isso somente dava mostras de que a incapacidade de falar de Eichmann estava diretamente relacionada a sua incapacidade de pensar, especialmente sob o ponto de vista do outro.

Essa “normalidade de entorpecimento” de Eichmann, que lhe impedira de se distanciar de seus atos e de refletir sobre eles, é severamente apontada por Arendt (1999, p.

64-65) como uma realidade que encerrava a sociedade alemã. Eichmann não era exceção: as distorções feitas por ele eram a regularidade. No regime nazista somente as exceções é que poderiam ser consideradas a normalidade quando fora daquele círculo (ARENDDT, 1999, p. 38, 71).

A ausência de convicções ideológicas ou motivações especificamente más Arendt denominou de banalidade do mal, que segundo D’Allones (1994, *apud* SCHIO, 2012, p. 58) objetivou “designar a ‘falta de evidente profundidade’ que caracterizava o culpado”.

Com a eclosão da guerra em 1.º de setembro de 1939, o procedimento de expulsão não poderia ser efetuado da forma como tinha sido até aquele momento (ARENDDT, 1999, p. 80-81). Eichmann, então, passou a ser responsável pela logística do transporte ante a “capacidade de absorção” das diversas instalações de assassinatos e solicitação de trabalhadores escravos (ARENDDT, 1999, p. 93), conforme eram organizadas a concentração e a deportação dos judeus pelo Escritório Central para Economia e Administração da SS (WVHA). Fato é que Eichmann estava muito bem informado de como funcionava o processo de aniquilação e qual seria o destino daqueles que ele despachava (ARENDDT, 1999, p. 102-105).

Disso depreende-se que Eichmann adquiriu uma posição chave no sistema de extermínio, pois conseguiu com o seu departamento organizar os meios de transporte para que os assassinatos administrativos pudessem se efetivar: sincronizava a saída e chegada dos trens, despachava o número de pessoas de acordo com a compatibilidade de absorção dos campos e obtinha ajuda de autoridades de outros países e dos Conselhos.

DA CONSCIÊNCIA DOS ATOS

A grande questão, muito mais moral que jurídica, era se Eichmann tinha consciência de seus atos e Arendt (1999, p. 111) responde que sim, mas essa consciência era de uma forma distorcida. Essa forma distorcida de consciência assolava uma boa parte da população alemã, de tal forma que não percebiam que o “novo conjunto de valores alemães não tinha seguidores no mundo exterior” (ARENDDT, 1999, p. 119); para essas pessoas bastava que, transformadas em assassinas, se entendessem envolvidas em um feito muito maior, em um feito histórico, que ultrapassava a si mesmas.

A referida questão da consciência toma relevância especial quando de sua relação com a voluntariedade dos atos de Eichmann; daí a apresentação anterior de quem era Eichmann e o que ele fez. Se um julgamento se dá em relação a fatos e esses fatos correspondem às ações voluntárias do acusado que sob um enfoque material referem-se ao

comportamento humano causador de lesão, por certo que será a consciência e o pensar que possibilitarão a pessoa julgar as suas ações. Ao optar por julgar, ainda resta às pessoas a escolha do querer/vontade, podendo ou não agirem segundo o julgamento. A vontade, então, é o arbítrio entre a razão e o desejo (ARENDDT, 2004b, p. 179).

No caso de Eichmann, o que possibilitou a sua voluntariedade quanto a seus atos foi a sua opção de não julgar, de não fazer juízos, sendo esta a sua vontade/querer. Mas para que isso ocorresse ele admitiu, assim como uma considerável parte da população alemã, legar a sua consciência ao onipotente Estado, bastando-lhe a disposição em obedecer a uma voz imperativa. Eichmann assentiu e, assim, exerceu a sua vontade.

O problema da consciência, nesses casos, era resolvido com as frases vazias, que invertiam efetivamente o que era feito, colocando-se sob foco o indivíduo que realizava os atos e não as pessoas que os sofriam, a exemplo: em vez de dizer “Que **coisas horríveis eu fiz** com as pessoas!” o discurso propagado era “Que **coisas horríveis que tive que ver** na execução dos meus deveres, **como** essa tarefa **pesa sobre os meus ombros!**” (ARENDDT, 1999, p. 122, destaques nossos).

A violência assassina havia se transformado em mero cumprimento da atividade burocrática. De acordo com Arendt (2004b, p. 227) “os clichês, os lugares-comuns, a adesão a códigos convencionais e padronizados de expressão e conduta têm a função socialmente reconhecida de nos proteger contra a realidade” e por consequência não há solicitação do pensar quanto aos acontecimentos.

A parte da população que não fora contaminada por essa nova ordem não o fora, porque ainda guardava em si a necessidade de se manter firme com sua consciência, conseguindo distinguir o certo do errado, fazendo uso de seu juízo; não se submetendo a “pequenas formalidades” como se filiar ao Partido para que pudessem progredir em suas carreiras (ARENDDT, 1999, p. 120).

Essas pessoas ainda se perguntavam e se preocupavam em qual medida poderiam conviver em paz consigo mesmas depois da prática de certos atos e decidiam por não fazer qualquer coisa. Arendt (2004b, p. 107) explica que esse tipo de julgamento não é exclusivo de alguns, pelo contrário:

A precondição para esse tipo de julgamento não é uma inteligência altamente desenvolvida ou uma sofisticação em questões morais, mas antes a disposição para viver explicitamente consigo mesmo, se relacionar consigo mesmo, isto é, estar envolvido naquele diálogo silencioso entre mim e mim mesma que, desde Sócrates e Platão, chamamos geralmente de pensar. Esse tipo de pensar, embora esteja na raiz de todo o pensamento

filosófico, não é técnico, nem diz respeito a problemas teóricos.

Para Arendt (2004b, p. 126) a conduta moral não é natural, pois as pessoas podem se render a suas inclinações em vez de seguir a razão ou o coração, mas o conhecimento moral do certo e do errado é natural. Esse pensar da verdade moral somente é possível para Arendt (2004b, p. 141) se as pessoas, das mais comuns às mais sofisticadas, estiverem abertas às evidências das proposições morais, já que elas são axiomáticas e a evidência é convincente, necessitando, eventualmente, somente de elucidação e esclarecimento.

Para essas pessoas, condutas criminosas continuavam a ser condutas criminosas mesmo estando legalizadas pelo Estado, porque mais lhes interessava o que era evidente por si mesmo do que a questão da obrigação. Para essas pessoas, ao invés de pensar “Isso não devo fazer”, a sua consciência dizia “Isso não posso fazer” (ARENDR, 2004b, p. 142).

Diante do contexto em que vivia, Eichmann não tinha razões para crises de consciência, menos ainda ao perceber que inclusive os Conselhos de Anciões não se recusavam a cooperar com as ações. O fato de não possuir quaisquer crises de consciência levava Eichmann ao não pensar, pois para Arendt (2004b, p. 173) tais conflitos somente são resolvidos pelas deliberações entre mim e mim mesma, o pensamento.

A consciência de Eichmann era agora a voz respeitável da sociedade a sua volta (ARENDR, 1999, p. 143). Além do mais, ele “somente” cumpria os seus deveres, a nova lei eram as ordens do *Führer* (ARENDR, 1999, p. 152).

O fato de cumprir estritamente a ordens, de ser obediente, não é pretexto para se eximir do julgar. Arendt apresenta a falácia de que liberdade irrestrita de consciência e a manutenção da comunidade organizada seriam impossíveis, pois esta exigiria a obediência aos superiores e às leis do país, sendo, portanto, a obediência uma virtude política. O engodo está em se igualar consentimento à obediência:

Um adulto consente onde uma criança obedece; se dizemos que um adulto obedece, ele de fato *apóia* a organização, a autoridade ou a lei que reivindica “obediência”. [...]. O nosso uso da palavra obediência para todas essas situações estritamente políticas remonta à noção secular de ciência política que, desde Platão e Aristóteles, nos diz que todo o corpo político é constituído de governantes e governados, e que os primeiros comandam e os últimos obedecem às ordens (ARENDR, 2004b, p. 109, grifo da autora).

Aquele que obedece, apoia, é o obediente que realiza o que já fora iniciado pelo denominado líder, mas não faz só, nem mesmo possui condições de fazê-lo; faz como um empreendimento comum, por isso a única possibilidade para aquele que não deseja dar o seu

apoio sob a designação de obediência é a de se retirar da vida pública; como exemplo para a resistência, Arendt menciona a desobediência civil (ARENDR, 2004b, p. 109-110; 2004a).

Essa linha de raciocínio de Arendt faz com que ela concorde com a pena aplicada a Eichmann e, nos fundamentos do que ela entende que seria a sentença adequada para o caso, ela assevera: “política não é um jardim-de-infância; em política, obediência e apoio são a mesma coisa” (ARENDR, 1999, p. 302), isso porque, para a autora (ARENDR, 2004b, p. 110), não existe obediência em questões políticas e morais.

Segundo Arendt (1999, p. 167), na Alemanha Nazista, o mal não era mais reconhecido por sua característica de tentação, a tentação era não fazê-lo, ante as leis que vigoravam. Eichmann não era um ignorante, ele deliberadamente coadunou com a “lei” que lhe fora imposta. Eichmann valeu-se do critério subjetivo do tipo de pessoa que desejava ser e com quem desejava viver (ARENDR, 2004b, p. 176).

DO JULGAMENTO NO TRIBUNAL

O Mossad, em 11 de maio de 1960, capturou Eichmann no subúrbio de Buenos Aires levando-o, posteriormente, para Israel (ARENDR, 1999, p. 32, 259). O julgamento, dessa feita, iniciou-se em 11 de abril de 1961, encerrando-se perante a Corte Distrital de Jerusalém em 15 de dezembro de 1961, com a pronúncia da sentença de morte do acusado (ARENDR, 1999, p. 105, 270).

Da sentença foi interposto recurso de apelação, cujo julgamento se iniciou em 22 de março de 1962 na Suprema Corte de Israel, com a leitura da sentença final em 29 de maio de 1962, que em sua maior parte corroborava o julgamento da Corte Distrital. Após um pedido de clemência de Eichmann ao presidente de Israel, negado em 31 de maio de 1962, ele foi enforcado, seu corpo cremado e as cinzas espalhadas no Mediterrâneo em águas internacionais (ARENDR, 1999, p. 271).

As acusações que pesavam contra Eichmann, num total de 15, eram, entre outras, de: crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade, crimes de guerra durante os períodos do regime nazista e da II Guerra Mundial e o crime de estar associado à organizações criminosas, sendo que os três primeiros casos levavam à pena de morte. Diante dessas imputações, Eichmann sempre se declarou inocente no sentido da acusação (ARENDR, 1999, p. 32, p. 266-268), pois alegava que nunca matara ou mandara matar um judeu ou não judeu (ARENDR, 1999, p. 16).

Apesar das severas críticas à acusação, que para Arendt tivera por base aquilo que os judeus sofreram e não o que Eichmann fez, da demonstração de certo menoscabo da defesa

técnica quanto às teses de autodefesa de Eichmann, Arendt (1999, p. 268) coaduna de certo modo com a sentença no que tange à essência do crime e à natureza do criminoso (enquanto perpetrador de atos ilícitos) e concorda com a aplicação da pena de morte, asseverando que no caso de Eichmann fora feita justiça. Mas o que seria essa justiça para Arendt no contexto do julgamento de Eichmann?

Insta salientar que um conceito de justiça em Arendt é um não assunto e, por certo que se a autora não o fez, estudos nesse sentido são especulações, mas especulações que buscam um significado para as coisas e nas palavras de Arendt (2008, p. 30):

[...] o pensamento e a razão não se ocupam daquilo de que se ocupa o intelecto. Para antecipar e resumir: *a necessidade da razão não é inspirada pela busca da verdade, mas pela busca do significado. E verdade e significado não são a mesma coisa* (grifo da autora).

JUSTIÇA E JUÍZO

As publicações dos artigos de Arendt acerca do julgamento de Eichmann na revista *The New Yorker* fizeram com que surgissem o que a filósofa denominou de controvérsias. Essas controvérsias acabaram por ser, de certa forma, respondidas e discutidas no epílogo e pós-escrito do livro, não obstante o fato de que Arendt em seus trabalhos continuasse a ter por fundo a perplexidade que lhe causara o réu e o seu julgamento, expondo em suas obras, recorrentemente, as suas reflexões sobre o caso, porque, segundo Ribas (2010, p. 42), a celeuma jurídica proposta pelo caso — como julgar na ausência de regra geral — colocou em evidência o tema da própria faculdade humana de julgar, “que ela [Arendt] considerou ser um dos principais problemas morais de todos os tempos”.

Assim, Arendt (1999, p. 275), na parte final do livro *Eichmann em Jerusalém*, diante das diversas irregularidades e anormalidades do julgamento afirma peremptoriamente que “o objetivo de um julgamento é fazer justiça, e nada mais. [...] a finalidade principal da lei: pesar as acusações contra o réu, julgar e determinar o castigo devido” e para o caso de Eichmann havia somente uma resposta para o julgamento: “fazer justiça” (ARENDR, 1999, p. 276).

Nesse sentido a autora assevera que, em razão da justiça, exige-se que “o acusado seja processado, defendido e julgado” (ARENDR, 1999, p. 15). Dessa concatenação de atos — processar, defender e julgar — pode-se depreender que o termo justiça nesse primeiro momento pode ser correlacionado com a justiça judiciária, sendo esta desenvolvida pelos juízes e que se destina a corrigir os desequilíbrios e violações sociais (NADER, 2002, p.106), fundada em uma ordem jurídica estabelecida, diante de seu aspecto formalista, com a ideia de

garantia e segurança jurídica, portanto, uma concepção legalista ligada à legitimidade de uma instituição para infligir as sanções.

Ainda Arendt, discorrendo sobre a questão do ato criminoso e o seu processamento, traz à lume que, quando se trata de crimes, é o corpo político que exige a compensação, é a ordem pública que deve ser restaurada, prevalecendo a lei e não a vítima (ARENDDT, 1999, p. 283).

No entanto, o caso de Eichmann possuía peculiaridades que objetam esse formalismo, resultando em um contraste entre o direito posto e o direito aplicado ao caso em busca de uma justiça, ao que parece, substancial aos olhos de Arendt. Evidente, portanto, que justiça para Arendt está além dos rigorismos da lei, “justiça para além do âmbito do direito positivo” (ARENDDT, 19-- , apud LAFER, 1988, p. 173, tradução nossa).

As questões levantadas pelas vozes contrárias ao processo foram: a) quanto à retroatividade da lei e o julgamento pela corte dos vitoriosos; b) quanto à competência de Jerusalém e o rapto de Eichmann da Argentina e c) quando à imputação sofrida, que deveria ser pela prática de crimes contra a humanidade e não contra o povo judeu, o que neste caso levaria a pendência a um tribunal internacional.

A réplica a essas afirmações Arendt faz desta forma:

Quanto à aplicação de uma lei retroativa, esta violava somente formalmente o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já que substancialmente a aplicação de uma lei retroativa seria imprescindível para a consecução da justiça, pois, como sabido, o direito possui o condão de tutelar futuramente fatos análogos aos ocorridos. Nesse sentido, Arendt (2004a, p. 73) assevera que “a lei realmente pode estabilizar e legalizar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de ação extra-legal” e, no caso de Eichmann, deveria haver uma mitigação dos princípios para que se pudesse recriminar atos anteriormente desconhecidos pela humanidade e pelo direito.

Além do mais, assevera Arendt (1999), as leis tanto do Tribunal de Nuremberg quanto a lei distrital de Jerusalém que criminalizavam posteriormente condutas anteriormente perpetradas somente tinham como inovação legislativa a “criação” do delito “crimes contra a humanidade” e tal tipificação demonstrava-se imprescindível pelo seguinte:

[...] os relatos de atrocidades nunca vistas, o extermínio de povos inteiros, a “limpeza” de vastas regiões, isto é, não apenas crimes que “nenhum conceito de necessidade militar poderia sustentar”, mas crimes que eram de fato independentes da guerra e que anunciavam uma política de assassinato sistemático a ser continuado em tempos de paz. Esse crime efetivamente não era coberto pela lei internacional ou municipal e, além disso, era o

único crime ao qual não se aplicava o argumento *tu-quoque* (ARENDR, 1999, p. 279).

Em suma, um novo tipo de crime deveria ser punido e não dando o Direito conta de tal função, a justiça se encarregaria. Para Arendt, essa ruptura no plano jurídico surge quando o razoável que permeia a reflexão jurídica não dá conta do não razoável das ações humanas, hipótese essa que tornou possível a tipificação posterior de uma conduta anterior.

Já quanto à competência de Israel para o julgamento, Arendt (1999) relata que a corte sustentara a sua jurisdição nos princípios da territorialidade, da personalidade passiva e da jurisdição universal.

A autora, criticando a necessidade da corte de agir segundo precedentes, diz que poderia ter se sustentado somente a competência territorial. Para tanto a autora (ARENDR, 1999, p. 281) cita que países ocupados pelos nazistas (Polônia, Hungria, Iugoslávia, Grécia, Rússia Soviética e França) realizaram no pós-guerra o julgamento de crimes perpetrados em seus territórios, inclusive com legislações promulgadas posteriormente aos fatos (ARENDR, 1999, p. 282), e essa seria a situação de Israel.

Para, então, sustentar a sua linha de raciocínio, Arendt (1999, p. 285) fornece um conceito heterodoxo do que seria território: território seria um conceito político e legal, que diz respeito a um espaço entre indivíduos de um grupo que estão ligados, mesmo que estejam separados, por relações baseadas em uma língua comum, religião, história, costumes e leis; o próprio Estado de Israel não teria sido fundado se os judeus não tivessem mantido esse espaço ao longo de séculos, até a retomada de seu “velho território”.

O que tornara internacional o interesse pelo ocorrido com os judeus foi o fato da dispersão do povo judeu pelo mundo e o não julgamento de Eichmann no Tribunal de Nuremberg deixou evidente essa situação, pois em Nuremberg somente foram julgados os criminosos sem limitação territorial para agir, diferentemente de Eichmann, que possuiu um espaço territorial de ação, mas por causa da natureza de suas obrigações, dirigidas contra os judeus que se encontravam dispersos, teve as suas consequências disseminadas.

Se os judeus agora possuíam um território próprio, encerrariam, então, o “direito de julgar os crimes cometidos contra o seu povo [...] [assim como] os poloneses tinham de julgar os crimes cometidos na Polônia” (ARENDR, 1999, p. 281).

Já quanto ao princípio da personalidade passiva, afirmara-se que o maior crime cometido durante a guerra fora contra os judeus, e, portanto, justificar-se-ia o julgamento pela corte de Israel, para que tais crimes ocupassem o lugar central em um julgamento.

Arendt (1999, p. 297), entretanto, compreende a prática do crime de modo diverso: o crime era contra a humanidade perpetrado nos corpos dos judeus, por isso, para a filósofa, o julgamento deveria se dar em uma Corte Internacional. Aliás, para a autora, não mais fazia sentido após dezesseis anos do fim da guerra o entendimento de que ou os vitoriosos julgam os vencidos ou teria que se permitir que estes se julguem. Ocorre que tal pensamento não fazia com que ela discordasse categoricamente do julgamento de Eichmann pela Corte de Jerusalém, pois, de certo modo, a acusação principal era de crimes contra o povo judeu (ARENDDT, 1999, p. 292).

No que diz respeito ao princípio da competência universal, Arendt traz a hipótese que a utilização de tal argumento somente se deu para que Israel pudesse justificar o rapto de Eichmann. Dizia-se que o crime contra a humanidade seria semelhante ao crime de pirataria, pois quem comete estes crimes se torna *hostis humani generis* e dessa feita é inimigo de todos e, por se encontrar em alto mar e não possuir bandeira em seu navio, não está sob a jurisdição de algum país, fato esse que relativizaria o princípio territorial, levando à possibilidade de julgamento por todos. A mesma coisa ocorreria com o genocida (ARENDDT, 1999, p. 283-284).

No caso de Eichmann, a pretexto da realização da justiça, Arendt (1999, p. 287) explica que “o reino da legalidade não oferecia nenhuma alternativa para o rapto.”, pois pela lei argentina os crimes já se encontravam prescritos, o que inviabilizaria uma extradição, do que se conclui: a medida adotada foi a saída pragmática para a situação.

Mas Arendt não deixa de fazer as suas críticas ao rapto de Eichmann — que no seu entender somente não causou maiores problemas, pois se tratava de um apátrida de fato. Para ela, “Israel havia efetivamente violado um princípio territorial, cuja grande significação está no fato de a Terra ser habitada por muitos povos e esses povos serem governados por muitas leis diferentes [...]” (ARENDDT, 1999, p. 286). Essa era uma situação menos digna de se tornar um precedente.

De modo geral, Arendt sustenta a realização do julgamento pela Corte de Israel para que fosse mostrada ao mundo a perpetração de crimes contra os judeus e a impunidade que pairava sob os criminosos e, de outra banda, que se revelasse a defesa de um povo contra os insultos sofridos (ARENDDT, 1999, p. 286-289).

Sob outro aspecto, a filósofa, contraditando aqueles que diziam que ao invés do rapto os israelenses poderiam imediatamente ter ceifado a vida de Eichmann na Argentina, diz que:

[...] aquele que toma a lei em duas próprias mãos só estará prestando um

serviço à justiça se estiver disposto a transformar a situação de tal forma que a lei possa voltar a operar e seu ato possa, pelo menos postumamente, ser validado (ARENDR, 1999, p. 287).

Disso, resta claro que Arendt não se opunha ao julgamento de Eichmann em Jerusalém, mas fazia as suas ressalvas ante a preocupação de que os atos de genocídio e crimes contra a humanidade — cujas especificidades escaparam da corte de Jerusalém — fossem perpetrados novamente, pois:

Faz parte da própria natureza das coisas humanas que cada ato cometido e registrado pela história da humanidade fique com a humanidade como uma potencialidade, muito depois da sua efetividade ter se tornado coisa do passado” (ARENDR, 1999, p. 296).

Arendt (1999, p. 296), nessa seara, faz uma reflexão que ressoa: “Nenhum castigo jamais possuiu poder suficiente para impedir a perpetração de crimes”, da qual se depreende não bastar o castigo, o que ocorrera deveria impulsionar à diversas ações, mas como o caso em análise é um julgamento e o seu relato é inerente ao julgamento, a filósofa afirma que, diante de uma lei internacional inacabada, restaria aos juízes “comuns” “fazer justiça sem a ajuda de leis positivas, postuladas, ou além das limitações a eles impostas por essa leis” (ARENDR, 1999, p. 296).

238

Ao final do epílogo, Arendt, transcrevendo as palavras de Yosal Rogat (1961, *apud* ARENDR, 1999, p. 300), que segundo a autora, de modo geral, são palavras recusadas e consideradas bárbaras, assim se posiciona “[...] o mal viola uma harmonia natural que só a punição pode restaurar; que uma coletividade vitimada tem o dever moral de punir o criminoso” e teria sido essa a justificativa maior para o encaminhamento de Eichmann à justiça em Israel e a aplicação da pena de morte.

Para Arendt, Eichmann executou e, assim, apoiou ativamente uma política de assassinato em massa e como ele aderiu a essa política **“de não partilhar a Terra com o povo judeu e com o povo de diversas outras nações [...], consideramos que ninguém, isto é, nenhum membro da raça humana, haverá de querer partilhar a terra com você** (ARENDR, 1999, p. 301, grifos nosso). É esta, para a autora, a única razão pela qual o réu deveria morrer na forca.

Assim depreende-se que Arendt considerou legítimo o processo e considerava justa e inevitável a condenação à morte de Eichmann, apesar das sérias e pesadas críticas ao julgamento em sua totalidade, incluindo a sentença.

Evidencia-se no caso Eichmann a inadequação do sistema legal dominante e dos conceitos jurídicos em uso para lidar com os massacres administrativos (ARENDDT, 1999, p. 317)): é o colapso de todos os padrões costumeiros da ordem jurídica. Para Arendt, os assassinos modernos que são empregados do Estado devem ser processados porque violaram a ordem da humanidade (ARENDDT, 1999, p. 295). Quanto à necessidade de punição, em *A Condição Humana*, Arendt (2013, p. 300) passa a admitir uma relação entre o perdão e a punição:

A alternativa do perdão, mas de modo algum seu oposto, é a punição, e ambos têm em comum o fato de que tentam pôr fim a algo que, sem interferência alguma, poderia prosseguir indefinidamente [...]. Sabemos apenas que não podemos punir nem perdoar esse tipo de ofensas [crimes perpetrados pelo totalitarismo contra a humanidade] e que, portanto, elas transcendem o domínio dos assuntos humanos e as potencialidades do poder humano, os quais destroem radicalmente sempre que surgem. Em tais casos, em que o próprio ato nos despoja de todo poder, só resta realmente repetir com Jesus: “Seria melhor para ele que se lhe atasse ao pescoço uma pedra de moinho e que fosse precipitado ao mar”.

Dos argumentos sustentados por Arendt para justificar e legitimar a realização da justiça pode-se depreender o colapso de todos os padrões costumeiros, extirpando a possibilidade de precedentes, nem mesmo na forma de exceção, para que se pudesse dar uma resposta adequada, legalmente falando, ao que fora perpetrado por Eichmann.

A questão da justiça, que no relato do caso Eichmann se relaciona a esta situação em concreto, não pode ser dissociada da perspectiva da humanidade. É nessa vertente que a justiça para Arendt (2004b, p. 103) pode ser lida como uma justiça política, segundo a qual se “pressupõe uma faculdade humana independente, sem apoio na lei e na opinião pública que julga de novo com toda a espontaneidade cada ato e intenção, sempre que surge o momento”.

Arendt (2004b, p.88) é categórica ao afirmar sobre a necessidade de punição daqueles que são considerados criminosos, mas não se adequam ao padrão comum de criminalidade, que:

[...] embora nenhuma das razões que em geral invocamos para a punição seja válida [ao caso dos assassinos burocráticos], o nosso senso de justiça acharia intolerável abrir mão da punição e deixar impunes aqueles que assassinaram milhares, centenas de milhares e milhões de seres humanos. Se isso não passasse de um desejo de vingança seria ridículo, sem falar no fato de que a lei e a punição por ela imposta surgiram a sobre Terra para quebrar o interminável círculo vicioso da vingança. Assim, aqui estamos nós, exigindo e impondo a punição de acordo com o nosso senso de justiça, enquanto, por outro lado, esse mesmo senso se justiça nos informa que todas

as nossas noções anteriores sobre punição e suas justificações nos desapontaram.

O fato de alguém ter de comparecer perante um tribunal significa que essa pessoa transgrediu alguma lei cuja manutenção considera essencial para a integridade de nossa humanidade comum (ARENDT, 2004b, p. 84). Todavia, esse agente peculiar não será reformado pela punição ou oferecerá um exemplo **dissuasivo** aos demais, “o agente é um ofensor à ordem do mundo como tal. Para usar outra das metáforas de Jesus, ele é como a erva daninha, ‘o joio no campo’, com o qual nada se pode fazer exceto destruí-lo, queimá-lo na fogueira” (ARENDT, 2004b, p. 192).

Pode-se dizer que Arendt entende pela realização da justiça no caso de Eichmann, pois ela aplica a ele (embora ele não o houvesse aplicado a si) o axioma socrático da não contradição em questões morais (ARENDT, 2004b, p. 220). Esse axioma do período clássico, em que pese focar o eu — aspecto excepcional para o período, já que o centro da atenção à época era o cidadão e a pólis — sob a perspectiva arendtiana terá por foco o aspecto moral sob um viés político, cuja análise será se a sua conduta é boa para o mundo em que vive (ARENDT, 2004b, p. 218).

Assim, o tribunal, que tem a tarefa de manter a ordem correta e eliminar a maldição de uma cadeia interminável de malfeitorias, necessária para manter a ordem do mundo, seria a consciência e o julgar quanto ao fato, e no dois em um, o tribunal, amparado pelo aspecto político, já que a faculdade de julgar é a mais política das faculdades da mente humana, daria e cumpriria a voz que diz pela impossibilidade da contradição, pois há uma não disposição da humanidade a viver com um assassino, assassino que não destrói uma vida, mas destrói o fato da própria existência (ARENDT, 1989, p. 493); busca-se dar vista ao aspecto de que o “castigo” (encaminhamento aos campos de concentração e extermínio, a despersonalização jurídica e moral dos homens, a fim de aniquilar-se a dignidade humana) pode ser aplicado a qualquer um, a qualquer momento novamente; isso segundo Arendt (1989, p. 498), ao discorrer sobre o domínio total exercido pelos regimes totalitários.

A questão moral, que na atualidade possui caráter eminentemente individual, para casos excepcionais como o de Eichmann volta a ter o seu caráter político, sob o aspecto de que sempre estou junto com outros; então, será a consciência da humanidade que não admitirá dividir o mundo com um assassino, segundo Arendt:

O que o argumento moral, que citei na forma da proposição socrática, diz realmente é mais ou menos o seguinte: se eu fizesse o que agora é exigido

de mim como preço da participação, quer como mero conformismo, quer até como a única chance de uma resistência por fim bem-sucedida, já não poderia viver comigo mesma; a minha vida deixaria de valer a pena para mim. Por isso, preferiria sofrer o mal agora, e até pagar preço de uma pena de morte no caso de eu ser forçada a participar, a fazer o mal e depois ter de viver com essa malfeitora (ARENDDT, 2004b, p. 223).

Para Arendt (2004b, 2013), a pluralidade é uma das condições existenciais básicas da vida humana na Terra e, nos dizeres de Ribas (2010, p. 101):

Nesse sentido, o julgar é ‘uma das faculdades fundamentais do homem enquanto ser político na medida em que lhe permite se orientar em um domínio político. Arendt afirma que os gregos davam a essa faculdade o nome de *phrónesis*, ou discernimento, considerando-a a principal virtude do político, distinta da sabedoria do filósofo. O juízo se apoia no senso comum, que nos desvenda o mundo enquanto um mundo comum, enquanto o pensar transcende. Por isso, o juízo é ‘uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse compartilhar o mundo’.

Por isso tudo é que Arendt diz que o julgamento fez a devida justiça, isso porque, quando a capacidade de julgar de Eichmann falhou, a humanidade, representada pelo tribunal, pelo senso comum, pois o sistema legal e os seus conceitos vigentes se demonstraram inábeis ao caso, julgou que aquele era contrário à condição humana da pluralidade, constituindo-se contraditoriamente ao comunitário; portanto, era um alguém com o qual não se poderia mais partilhar o mundo. A justiça é uma questão de julgamento e o julgamento é a mais política das faculdades humanas, pois é sedimentado na concórdia potencial com os outros, demonstrando que não apenas compartilhamos o mundo, mas nos responsabilizamos por ele e pela pluralidade que o forma.

241

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. 407 p.

_____. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. 544 p.

_____. **Crises da república**. São Paulo: Perspectiva, 2004a. 201 p.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1979. 348 p.

_____. **A grande tradição. O que nos faz pensar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 273-298, maio 2011.

_____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 562 p.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b. 375 p.
CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 80 p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 416 p.

MÜLLER, Maria Cristina. **A possibilidade de construção de uma moralidade política em Hannah Arendt**. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010. p. 37-67.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 412 p.

NEW YORK UNIVERSITY . **The 100 Outstanding Journalists in the United States in the Last 100 Years**. 2012. Disponível em: <<http://journalism.nyu.edu/the-100-outstanding-journalists-in-the-united-states-in-the-last-100-years/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

NEW YORK UNIVERSITY. *The Top 100 Works of Journalism in the United States in the 20th Century*. 1999. Disponível em: <

<http://www.nyu.edu/classes/stephens/Top%20100%20page.htm>>. Acesso em 10 out. 2013.

RIBAS, Christina Miranda. *Justiça em tempos sombrios: a justiça no pensamento de Hannah Arendt*. Ponta Grossa: UEPG, 2010. 177 p.

RIZZO, Sérgio. **Uma repórter na casa da Justiça**. *Revista Cult*, São Paulo, ano 16, n. 180, jun. 2013. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2013/09/uma-reporter-na-casa-da-justica/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SCHIO, Sônia Maria. **Hannah Arendt: história e liberdade da ação à reflexão**. 2. ed. Porto Alegre: Clarinete, 2012. 264 p.

CASAMENTO HOMOAFETIVO E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

Maria Priscila Soares BERRO⁸⁸

Cristina Veloso de CASTRO⁸⁹

RESUMO

O casamento entre pessoas do mesmo sexo sempre gerou muita polêmica e nem sempre foi bem aceito pela sociedade. O artigo em questão tem por finalidade pesquisar e analisar sobre a eficácia e efeitos gerados do mais recente posicionamento do Conselho Nacional de Justiça que aprova o casamento homo afetivo. A metodologia empregada faz parte de uma análise empírica, dedutiva e comparativa. Já os objetivos gerais traçados diante da situação exposta foram: analisar o Instituto Familiar e sua modificação histórica; delinear o tratamento dado ao pluralismo familiar de forma abrangente, envolvendo o direito de casais do mesmo sexo em caráter paritário aos direitos de casais heterossexuais, com o tema pautado pela ética e pela moralidade necessárias.

PALAVRAS CHAVE: Casamento Homossexual. Família. Sistema Constitucional.

ABSTRACT

The marriage between people of same sex has always created controversies and isn't always accepted by society. The article in question has the objective to research and analyze the efficiency and effectiveness of the most recent positioning that is displayed by the National Council of Justice, which approves same sex union. The used methodology is part on an empirical analysis, deductible and comparable. Though the general objectives established on the exposed situation were to analyze the Family Institute and its historical change, delineate the treatment of family pluralism in a comprehensive manner, concerning the right to same-sex couples equally leveled to heterosexual couples rights, with the theme based on ethics and needed morality.

KEY WORDS: Homosexual Wedding. Family. Constitutional System.

INTRODUÇÃO

A família Issossexual é alvo deste artigo por seu enredo histórico-social, o alcance normativo perante o Poder Judiciário.

O conteúdo do Direito das Famílias é personalíssimo contendo direitos indisponíveis e irrevogáveis, moldado pelos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e afetividade. Tais princípios estão baseados na ética e moral com o intuito do alcance efetivo da pluralidade familiar.

⁸⁸

Estudante de Pós-graduação - Fundação Universidade Federal de Rondônia - Campus Cacoal.

⁸⁹

Estudante de Pós-graduação - ITE - Instituto Toledo de Ensino.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o matrimônio gerava vínculos pessoais e era a única entidade familiar socialmente e legalmente aceita. A partir do século XX, o lar se tornou o local onde o afeto é o elo entre seus membros, além da presença de mútuo respeito. O que antes representava cultos religiosos domésticos; a família unida apenas em virtude de trabalho e produção, agora abre espaço para o afeto, diversidade, traduzindo-se em uma relação de parentesco ou conjugal em consonância com elementos subjetivos.

O termo homossexual, criado por Karoly Maria Benkert, causou polêmica e trouxe uma nova maneira de se retratar sexualidade-tema estudo por ele- todavia, a homossexualidade sempre esteve presente em diversos períodos da história, mas, atualmente, o que se estuda são suas diferentes interpretações, pois não há para isso uma definição exata, mas apenas conceitual.

O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, de forma pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de União Homo afetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. As uniões entre pessoas do mesmo sexo representam um fato social cada vez mais constante em todo o mundo.

A família contemporânea se afastou do modelo tradicional talhado em séculos passados. Antes, os laços familiares eram formados apenas por critérios patrimoniais e biológicos. Hoje, o elemento unificador da família constitucionalizada é também o afeto. As famílias se formam através dos vínculos do amor e afeição. Elementos estes solidificadores da unidade familiar.

Diante desse novo conceito de entidade familiar os cartórios de todo país não podem mais se recusarem a fazer o casamento civil de pessoas do mesmo sexo. Com a decisão do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil se tornou o décimo quinto país no mundo a reconhecer o casamento gay.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, por maioria, a proposta do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, que veda os cartórios de recusar a habilitação e celebração de casamento civil ou ainda, de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo. O CNJ baseou-se em um julgamento do STF que considerou inconstitucional a distinção do tratamento legal as uniões estáveis homo afetivas, tendo em vista que a lei maior traz em seu bojo o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O CNJ também levou em consideração a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que julgou não haver obstáculos legais ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Os principais fundamentos utilizados pelo STJ são bem semelhantes com os do STF, sendo esses fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana a pluralidade das entidades familiares e a liberdade para constituir família.

A relação entre pessoas do mesmo sexo é um tema polêmico e nem sempre foi aceito pela sociedade, e tal situação muitas vezes vem gerando bastante preconceito, como expressa Maria Berenice Dias⁹⁰:

Não há como reconhecer a possibilidade de, no mesmo feixe normativo, conviverem normas que elejam a diferenciação do sexo, como elemento discriminante para merecer a proteção estatal. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, aí está incluída a opção sexual que se tenha [...]. Desarrazoada a eleição de fato sexista para subtrair dos homossexuais os direitos deferidos aos heterossexuais, postura que evidencia discriminação, infringência ao princípio da isonomia e desrespeito à cláusula constitucional de respeito à dignidade humana, bem como, de forma reflexa, afronta a liberdade pessoal e sexual.

A família issossexual ou homo afetiva está longe de ser tutelada integralmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas caminha a pequenos passos para o encontro de demandas que sejam deferidas em favor de direitos que já lhes pertencem, deixando o campo da expectativa para encontrar a realidade.

Daí se faz a necessidade de uma maior análise e pesquisa sobre a eficácia e efeitos gerados diretamente na sociedade do mais recente posicionamento do CNJ sobre o casamento homo afetivo, bem como se essa decisão diante de seus efeitos pode ser considerada um avanço para o Direito Brasileiro.

DA FAMILIA HOMOAFETIVA

O sentimento de amor por uma pessoa do mesmo sexo é característica da homossexualidade, da mesma forma como a heterossexualidade se firma: amor por uma pessoa, mas do sexo oposto. A questão imergente que serve de amparo ao tema retrata que uma atração erótico-afetiva, por qualquer uma das formas apresentadas sinteticamente, é igualmente aflorada,

90 DIAS, Maria Berenice. **União estável homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 74.

ou seja, há o mesmo sentimento, sendo diferenciado apenas pela orientação das partes quanto ao seu par.

Segundo os princípios de Yogyakarta, a orientação sexual é definida como: “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos do gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essa pessoa.”.

Os itens terminologicamente usados são: homo erotismo, homo afetividade, homo essência, para que a carga negativa depositada na palavra homossexualismo (sufixo ismo simboliza doença, algo grave) seja dissipada por meio mais idôneos e suavizados.

Homo essência, segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, torna-se perfeito para delimitar o amor existente diante de duas pessoas, pois é oriundo da essência do ser humano, mas com maior precisão faz uso do termo homo afetividade, tão bem usado quanto o anterior ao expressar o amor familiar ou amor romântico que enlace uma vida repleta comunhão e interesses em comum, além de ocorrer sua demonstração pública, de forma duradoura e contínua⁹¹.

O homossexual é aquele que não possui problemas relacionados com sua biologia, seu sexo biológico. O indivíduo, ao descobrir-se homossexual, não incorre em uma dissociação entre sua mentalidade e sua fisionomia. Conforme, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, é um homem que ama outros homens, mas compreende que nasceu homem e não possui o intuito de efetuar mudanças quanto a isso⁹².

Outra questão intrínseca à homossexualidade é a identidade sexual, que se tornou o conjunto de características atribuídas a uma pessoa de acordo com a especificidade de sua sexualidade. Este fator vislumbra as atitudes e maneiras de pensar, em sua variedade, no momento em que o indivíduo entende-se como homossexual, heterossexual ou bissexual.

A identidade sexual “caracteriza-se por aceitação por parte do homossexual do fato que ele ama pessoas do mesmo sexo e faz parte de uma minoria estigmatizada alvo preconceito e discriminação pelo simples fato da sua sexualidade homo afetiva”⁹³.

A liberdade de se relacionar é reprimida em muitos locais, pois indiretamente, a mídia e a sociedade demonstram que a sexualidade concerne com a realidade e de acordo com nossa

91 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homo afetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homo afetivos. 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 46-47.

92 Ibidem.

93 Ibid., p. 50.

sociedade seria a heterossexual, fato percebido pela carência de publicidade e propagandas bastante considerável envolvendo o público homossexual.

Não há como confundir orientação com identidade sexual, porque a primeira é o sexo pelo qual sentimos amor e desejo, já a segunda é a aceitação da condição de forma plena.

A homofobia é algo grave e representa aversão e pavor, mas em certas circunstancias, seu significado é utilizado de forma errônea. Atualmente, ao contextualizar tal vocábulo, convém aludir que o mesmo é tangível ao que conhecemos por preconceito ou discriminação contra pessoas que gostem de outras do mesmo sexo que o seu.

Contudo, um ser homossexual é tão digno e humano como qualquer heterossexual. Os elementos comuns que os circundam é a negativa de direitos ao viver em uma relação amorosa com uma pessoa do mesmo sexo e o preparo para a indignação que isso possa gerar.

A terminologia também se estende à dualidade homo afetividade e hetero afetividade, pautada por Maria Berenice Dias com a função de diferenciar afeto romântico de afeto fraterno, pois este é relativo a familiares e aquele a pessoas que se relacionam de maneira erótico-afetiva.

Outro ponto relevante é a conjugalidade da relação, sendo que alguns interpretes entendem ser ela a responsável pela nomenclatura referente às dualidades, mas não há porque deixar a margem legal aquelas pessoas que tem uma relação casual.

Desta feita, as palavras de Paulo Roberto Iotti Vecchiati⁹⁴ são apropriadas:

(...) da mesma forma que os termos homossexualidade/heterossexualidade não são excludentes do afeto romântico/conjugal da pessoa apenas por seu foco terminológico na sexualidade, os termos homoafetividade/heteroafetividade não são excludentes da sexualidade como um todo apenas por seu foco terminológico na afetividade romântica da pessoa (a afetividade romântica/conjugal pressupõem a sexualidade).

Segundo o referido autor, o afeto apenas destaca a possibilidade de sentir-se atraído de forma romântica ou conjugal por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, além da hipótese das mesmas pessoas poderem se relacionar casualmente sem envolver afeto ou algo contínuo e duradouro.

A diferenciação reside quando se muda o objeto de estudo, o foco se modifica ao denominarmos relações ou uniões de homo e heteroafetivas.

94 Op. cit. p. 113.

Diante disso, a terminologia inclui as uniões entre pessoas do mesmo sexo no patamar da união estável e do casamento civil, aferindo efeitos jurídicos provenientes de demandas ao Poder Judiciário.

Destarte, não há como criticar o amor e a expressão união hetero/homo afetiva, já que os direitos a atos sexuais casuais se encontram tutelados pelo direito fundamental à liberdade e o direito fundamental para a constituição de uma família conjugal se liga à homoafetividade.

EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

A família ‘tradicional’ composta por pai, mãe e filho vem passando ainda hoje por várias mudanças. Essas transformações fizeram com que o Estado buscasse soluções na garantia da tutela jurídica de entidades familiares diferentes da tradicional, buscando uma evolução social, adequando-se a realidade a qual vivemos. Hoje é possível vermos famílias compostas por pessoas que se unem pela afetividade e não só por laços sanguíneos.

A família atual brasileira vem sendo regulada não mais pelo patriarcalismo e só valores morais, mas pela obrigação, igualdade, liberdade, direito e relação afetiva entre os familiares. O conceito de família evoluiu junto com a sociedade e sua realidade.

A união de pessoas do mesmo sexo não possui sua aceitação absoluta, sofrendo ainda preconceitos diante da sociedade. Mas, apesar das grandes dificuldades encontradas, a união homo afetiva vem lutando por seus direitos garantidos na Constituição Federal vigente de serem tratados com dignidade e respeito. Nesse sentido, Alexander Lowen⁹⁵ destaca que:

“A História e as pesquisas antropológicas têm demonstrado que a homossexualidade é um fenômeno quase que universal... Nas culturas mais altamente desenvolvidas, a homossexualidade passa a ser uma forma de vida. A divisão do trabalho, a estratificação da organização social e o conflito entre as tendências passivas e agressivas isolam a pessoa sensível e não-assertiva e criam um ambiente no qual tais qualidades sejam aceitáveis”.

O preconceito em torno dos homossexuais sempre foi grande, mas alguns o tentam explicar, como José Leon Crochík⁹⁶, que completa:

95 LOWEN, Alexander. **Amor e orgasmo: guia revolucionário para a plena realização sexual**. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1988, p. 68.

96 CROCHÍK, José Leon. **Preconceito, indivíduo e cultura**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006, p. 22.

O preconceito diz respeito a um mecanismo desenvolvido pelo indivíduo para poder se defender de ameaças imagináveis, e assim é um falseamento da realidade, que o indivíduo foi impedido de enxergar e que contém elementos que ele gostaria de ter para si, mas se vê obrigado a não ter; quanto maior o desejo de poder se identificar com a pessoa vítima do preconceito, mais esse tem se fortalecido. Dessa forma, o preconceito contra o homossexual pode guardar o desejo negado da homossexualidade, e quanto mais esse desejo se aproxima da consciência, mais a aversão e o ódio do homossexual aumentam.

Os casais já podiam realizar a união por meio de contrato, a chamada união estável, mas oficialmente os parceiros continuavam solteiros. Vários direitos que garantidos pela legislação não se estendiam de forma plena aos casais homossexuais, pela falta do reconhecimento legal da união. Em caso de morte de um dos dois, o outro poderia perder o direito à herança, caso a família contestasse. Já com o casamento civil feito por um juiz, fica reconhecida de forma legal a união, o casamento, além de poderem adotar o nome um do outro. Em caso de morte com a certidão de casamento civil, o direito a posse dos bens conquistados após a união é automático, da mesma forma que acontece em casamentos de pessoas heterossexuais.

O reconhecimento dos direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBTTTs) caminham agora a passos largos, mas, na contramão, surge a homofobia, ou seja, o medo, aversão e ódio irracional direcionado contra os cidadãos que compõem este segmento.

É a causa principal da discriminação e violência física, moral e/ou simbólica contra os LGBTTTs. A falta de respeito às diferenças precisam ser combatidas com o esclarecimento diante toda a sociedade, uma vez que, perante a lei, somos todos iguais independentemente da orientação sexual. A Constituição Federal de 1988 assegura que o Brasil é constituído por uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Dessa forma, aqueles que são diferentes da maioria devem ser respeitados igualmente.

Confirmando a ideia exposta anteriormente, Belmiro Pedro Welter⁹⁷ expõe que:

Sustentar que o mundo afetivo é habitado somente por seres humanos de sexos diferentes é causar ruptura aos princípios constitucionais da discriminação entre os sexos, da cidadania, da afetividade, da liberdade, da tolerância, da dignidade humana... Por isso a importância de ser infundida a responsabilidade legislativa social, para compreender que a democracia pressupõe tolerância, não havendo regime democrático quando é exigido que todos os interesses e valores sejam

97 WELTER, Pedro Belmiro. Família Homo afetiva: Limites Constitucionais. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, v.2, p. 69-86, fev/mar. 2008, p.83.

aceitos como absolutos, eternos, iguais, formais e enquanto o ser humano não for capaz de conviver com a diversidade, com os valores do outro.

Os indivíduos que compõem a população LGBTTTs experimentam todo o sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. O ser humano parece ter uma enorme dificuldade em aceitar aquilo que não entende e, pela diferença, não está acostumado a lidar.

A homossexualidade é, simplesmente, uma variante da expressão sexual humana, que assim se traduz nos versos de Fernando Pessoa: “O amor é que é essencial. O sexo é só um acidente. Pode ser igual ou diferente.”.

INTERPRETAÇÕES ESTRUTURAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

O casamento, a união estável e a família monoparental são as formas admitidas em lei, sem veto específico para as demais. Logo, a lei deve dialogar com as mudanças sociais, de acordo com Ana Maria Gonçalves Louzada, buscando diante das cortinas vivenciadas do dia a dia, a retirada do pano por cima da realidade cultivada por afeto, respeito e cumplicidade.

O acesso à justiça está consolidado por nossa Magna Carta, e é por intermédio dele que os pares homo afetivos estão lapidando a instituição familiar, portanto, a família sacralizada não é a mesma consolidada expressamente, pois os homossexuais têm acesso ao pleito por seus direitos o que os tornam tão capazes quanto qualquer indivíduo que receberem o provimento de sua demanda, ou seja, o muro está se desfazendo, não é mais o mesmo, os pulos estão paulatinamente acomodados judicialmente.

É injustiça a delimitação de uma análise maniqueísta, pois traçar decisões baseando-se em orientação sexual ao invés de considerar o afeto é inconstitucional e gera preconceito.

O Ministério Público Federal, pela iniciativa do Procurador da República João Gilberto Gonçalves Filho, no dia 18 de janeiro de 2005, ingressou com uma ação civil pública para que fosse reconhecido o casamento civil entre pares do mesmo sexo, recendo críticas contra o preconceito frente à orientação sexual dos indivíduos.

A liminar pela qual buscava deferimento era pela celebração do casamento civil em caráter obrigatório, com intuito em determinar que a União Federal, Estados Federados e Distrito Federal não praticassem atos administrativos ou de outra natureza, com o intuito de punir seus servidores públicos (sejam eles civis ou militares) pela sua orientação sexual, passível de ocorrer

a propositura de medidas judiciais cabíveis aos responsáveis (penal ou por improbidade administrativa), além da imposição de multa como penalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial, proferiu decisão favorável aos pares de mesmo sexo, eis o teor de parte da ementa:

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.* Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (7º do art. 226). É importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a **Constituição**, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto estase reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

Outro posicionamento significativo para elucidação temática está presente na resolução aprovada pela 169ª sessão plenária, no dia 14 de maio de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que disciplina a atuação dos Cartórios pertinente aos direitos de pares do mesmo sexo.

Conforme resolução n. 175, na obsta o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo ou conversão de sua união estável em casamento em qualquer cartório em território nacional, sob pena de responder judicialmente pelo não prosseguimento do ato.

Logo, as atividades cartorárias, fiscalizadas pelo Poder Judiciário, podem habilitar e celebrar casamento civil ou converter união estável homoafetiva no mesmo, sem a possibilidade de recusa pela autoridade competente.

Eis o interior da decisão:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. **Ministro Joaquim Barbosa (grifos no original).**

A ação judicial antes era necessária ao casamento civil quando os Cartórios competentes para o feito recusavam celebrar o casamento civil homoafetivo, uma vertente claramente inconstitucional, portanto, o casal interessado deveriam adotar os seguintes procedimentos: demonstração de pressupostos de validade do casamento e por meio da interpretação extensiva ou da analogia, demonstrar também a possibilidade jurídica do pedido, pedido alternativo se o Poder Judiciário não aceitar a demanda, sendo ele o requerimento de uma declaração incidental de

inconstitucionalidade do disposto no ordenamento jurídico (com efeito para as partes e possibilidade de declaração ou pelo Supremo ou por qualquer outro juiz).

Dessa forma, a ação declaratória de possibilidade jurídica não dá poder próprio ao juiz para firmar o casamento, mas para admiti-lo, por isso que sua decisão será encaminhada para o Cartório de Registro Civil, efetuando todos os atos necessários para sua configuração.

Ao final de todos os tramites legais, fica claro que a ação judicial se torna hoje desnecessária, ao passo que anteriormente seria proposta caso houvesse a recusa cartorária, negando direito a quem o busca.

Isto posto, compreende-se diante do ordenamento jurídico, a possibilidade do casamento na esfera civil, sendo inconstitucional a alegação de uma restrição proveniente do art. 1.524 do Código Civil em que há uma discriminação do que seria o casamento em prol de pares de sexos opostos.

Esta seria uma falsa alternativa, devido ao fato da mesma em 1916 não estar presente no antigo Código Civil, o que não impediu a união matrimonial entre interessados, demonstrando a irrisória determinação legal conceitual de casamento para que este possa surtir efeitos jurídicos.

Por essas razões jurídico-legais que o casamento se encaixa ao retratar o tema da homoafetividade, já os efeitos diversos existem. Por exemplo, o casamento muda o status civil de uma pessoa (seja ela solteira, divorciada ou até mesmo viúva) e gera efeitos patrimoniais a título sucessório, no que tange à herança (herdeiro necessário).

A reunião de elementos que servem de estrutura para um também serve para o outro (o afeto em si), mas algumas características são divergentes, uma vez que o principal intuito dos interessados, não importando a forma de reunião entre eles, é a busca jurisdicional pelas demandas ofertadas, e a fiscalização legal diante de uma antinomia de normas homo afetivas. O casamento homossexual trouxe os interessados a lutar pelo atendimento a um direito que já possuem, mas não está regulamentado, nem expresso, mas está presente em sociedade e merece a devida atenção.

ANÁLISE DE EFEITOS JURIDICOS HOMOAFETIVOS DIVERSOS

A matéria patrimonial traz consigo divergências sucessórias relevantes, como a automática aquisição de direito à divisão de bens do patrimônio, o que não ocorre com a união

estável (esta configura o direito de divisão de bens após um discurso de tempo, aproximadamente cinco anos), pois é necessário um período de convivência para isso acontecer⁹⁸.

Um bom exemplo seria o pagamento do seguro DPVAT ao parceiro homoafetivo, por intermédio de uma ação pública no ano de 2004, em que o resultado dado pela relatora e juíza federal Diana Brustein verificou a validade do direito à percepção de indenização em caso de acidente, assim como sua colocação na mesma classe de dependentes preferenciais que os companheiros heterossexuais⁹⁹.

O site do ministério da previdência deixa claro que seu âmbito de aplicabilidade se amplia tanto para cônjuges quanto para companheiros, fazendo parte da classificação dos dependentes.

A portaria de número 513 de 09 de dezembro de 2010, publicada no dia 10 no Diário da União, trouxe o caráter definitivo de pensão para companheiro homossexual, pelo Instituto Nacional de Serviço Social (INSS).

Tais modificações buscam a inclusão em definitivo (para uma maior segurança jurídica) de dependente, no setor previdenciário, do companheiro(a) homossexual do(a) segurado(a) pelo Instituto Nacional de Serviço Social (INSS) e companheiro(a) do(a) servidor(a) civil público da União.

Outro aspecto diferenciador é a adoção unilateral, encontrada o parágrafo primeiro, artigo 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que foi alvo de decisão da Ministra Nancy Andrighi, pelo recurso especial n. 1.281.093-SP, que clamava pela possibilidade da companheira da mãe biológica da criança poder adotá-la, exercendo seu papel de mãe também, ao passo que a menor envolvida (a criança) tenha sido inseminada artificialmente de maneira heteróloga, com doador desconhecido e planejada pelo casal em união estável homo afetiva, contando com a aprovação da mãe biológica e de forma que não resulte em prejuízo algum para a adotanda.

Nas palavras da Ministra¹⁰⁰:

98 BANDEIRA, Regina. Agencia CNJ de Noticias. **Navegue pelas fotos e entenda o que mudou com a regulamentação do casamento homo afetivo**. Publicado em 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/24911-navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>>. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

99 BRASIL. Ação Civil Pública. Processo n. 2003.61.00.026530-7. Emenda de Decisão da Relatora Diana Brunstein sobre Pagamento de Seguro DPVAT a Parceiro Homossexual. Julgamento e publicação em 16.03.2004. Disponível em: <http://wwwdireitohomoafetivo.com.br/anexos/acao/2004.03.16_-_sp-_proc._2003.61.00.026530-7_-_seten%E7a.pdf> Acesso em:09 de dezembro de 2014

100 Op. cit.

A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes: ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e: iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar (...).

O Recurso especial tinha por objetivo desconstituir a adoção já deferida, mas alegou-se na íntegra da decisão a viabilidade do pedido, além do reconhecimento da união estável homoafetiva, equiparando-a a união estável heterossexual, mais um ponto favorável aos casais do mesmo sexo.

A lei 12.010 de 2009 preceitua que a adoção é permitida em nosso país, conforme artigo 42 reformulado do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sejam os interessados maiores de 18 anos, casados ou em regime de união estável, independente do sexo, o que contraria os ensinamentos do Código Civil voltados apenas para o casal heterossexual. A única ressalva a ser feita sobre o referido caso ou outros semelhantes é a vontade de fazer parte desta família, o interesse do maior envolvido, a criança, em virtude de tal situação, assistentes sociais e psicólogos devem proceder a um acompanhamento, expondo de maneira correta e adequada o quadro em que esta criança está envolvida.

Apesar de semelhanças pela busca de atendimento de sujas pretensões, casamento e união estável geram direitos de maneiras diferentes aos cidadãos, mas isso não impede a análise e as decisões de cunho favorável em favor de casais homossexuais que buscam uma infinidade de direitos, em inúmeros ramos do Direito, conexos com o Direito da Família.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM FRENTE A HOMOAFETIVIDADE

O conceito de família vem, ao longo do tempo, sendo repensada e modificada, a fim de se adequar a realidade atual. O modelo de família tradicional composta por homem, mulher e filho vem sendo afastado pela família contemporânea. Esta família abrange não apenas critérios patrimoniais e biológicos como antes, também se leva em consideração o vínculo afetivo e amoroso.

Evidenciada uma união duradoura, estável e consecutiva de pessoas do mesmo sexo, objetivando a construção de uma família, surge a união homoafetiva.

Perante o novo conceito de família, o Conselho Nacional de Justiça decidiu por reconhecer o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, onde os cartórios não podem ser recusarem a reconhecer a união estável dos homossexuais.

A resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça baseou-se, dentre outros argumentos, em um julgamento do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional a não igualdade no tratamento dos homossexuais nas relações estáveis, em decorrência do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantidos na Constituição Federal de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o norteador do sistema jurídico, ou seja, dele derivam todos os demais direitos. Conseqüentemente, possui valor intrínseco na vida de todo ser humano, devendo ser respeitado em qualquer situação.

Segundo Antonio Luis Chaves Camargo¹⁰¹:

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mero um existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

256

Ainda, a respeito da dignidade da pessoa humana, Maria Helena Diniz¹⁰² preceitua que:

[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida.

Diante do exposto, conclui-se que, o homossexualismo, bem como o reconhecimento de sua união estável não afronta em nada o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana, haja vista que, independentemente de orientação sexual, todas as pessoas possuem direito de garantir e preservar a sua dignidade como pessoa humana.

101 CHAVESCAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27-28.

102 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

Não há como se falar em um país democrático se existir normas que diferenciem o sexo como elementos discriminantes para ter direito a proteção do Estado. É inconstitucional uma sociedade que se julga justa e igualitária discordar da união homo afetiva, desrespeitando assim, a liberdade pessoal, sexual e dignidade do ser humano.

Perante a lei, todos são igual, sem distinção de cor, credo, raça social, incluindo-se também a orientação sexual, dentre outros. O tratamento diferenciado para os homossexuais em relação a sua união estável seria uma afronta à individualidade do ser humano, bem como uma infringência ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, gerando, conseqüentemente, um desrespeito a Constituição Federal.

DIREITO COMPARADO

Os Direitos de casais do mesmo sexo é uma discussão abordada em vários locais do mundo, de tal maneira não é apenas alvo de planejamento e discussões em países determinados, mas envolve aqueles que possuem o tema como algo recorrente, principalmente naqueles caracterizados pela política e isonomia, além de um Estado laico.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti descreve apenas os lugares que efetivamente atribuíram direitos aos homossexuais (além de pequenos retrocessos), tomando como premissa básica uma divisão efetuada por Maria Berenice Dias: “podem ser classificados os países do mundo com relação ao tratamento que conferem aos casais homossexuais”.

A classificação é criada a partir de três vertentes: os países de extrema repressão, os de modelo intermediário, e os de modelo expandido¹⁰³.

De acordo com a cultura e religião, os países que são adeptos da repressão não concordam com o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, chegando a existir punições para quem descumprir os ditames legais (considerado um ato ilícito e afronta ao Estado), como a pena de morte. A maior parte dos países islâmicos está dentro deste rol, com uma estrutura de governo teocrática, inclusive países confessionais (em que a política e religião caminham juntas), há violenta intolerância aos homossexuais devido à interpretação que líderes religiosos dão aos textos sagrados. A diversidade humana ainda não é devidamente valorizada.

103 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homo afetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homo afetivos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p 531.

O bloco intermediário é retratado pela descriminalização da homoafetividade como crime, mas não há lei que a regule e integralidade. Exemplos bons a serem dados são o Brasil, Havaí, Israel, Canadá, África do Sul, Algumas decisões estadunidenses e a Hungria.

“Essa situação, que deixa os casais homo afetivos em situação de desamparo jurídico, acaba sendo decidida pelo Poder Judiciário desses Estados, que terminam por reconhecer alguns efeitos jurídicos a partir de regras de hermenêutica, tais como a interpretação extensiva e a analogia como decorrência da isonomia e a dignidade humana¹⁰⁴.”

Alguns modelos de países expandidos são: a Dinamarca, Noruega, França, Holanda e a Espanha.

A explicação para o último e nem por isso menos importante é a de que os países pertencentes a este distinto grupo além de não considerar a homossexualidade como crime, possuem legislação que retratam as reais necessidades dos verdadeiros interessados.

Deste modo, verifica-se o avanço do Direito Comparado e o aumento da quantidade de adeptos em um curto período temporal por um forte elo que está ao lado do reconhecimento da união homo afetiva, seja ela estável ou pelo casamento civil, tendo como comandante o Poder Judiciário.

258

CONCLUSÃO

Deste modo, a evolução vem paulatinamente. A homofobia não passa despercebida, é preocupante a atitude de algumas pessoas ao se deparar com um casal homossexual se abraçando, mas não é errado, muito menos abuso trocar carícias diante de locais abertos ao público onde o sentimento erótico-afetivo se aflora em qualquer orientação sexual. Seria errado se essa situação fosse inversa? Pergunte a si mesmo e responda consciente: Não! Então não há mal que justifique o tratamento empregado por alguns cidadãos frente a um casal de homens e mulheres que se gostam.

A Constituição Federal, com base em seus princípios, reconhece implicitamente e tutela o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A omissão falha em termos legais. Esta ainda é alvo de retaliações e carece a inovações profundas, mas prossegue de maneira branda, não podendo servir de barreira para o reconhecimento de direitos e deveres de homossexuais, pois este espaço está

reservado especificamente para essa matéria à espera de sua efetivação, contribuindo para uma possível integralidade e respeito a qualquer ser humano que escolha expor ao mundo suas escolhas, como o casamento civil.

Seria o constitucionalismo frente à homoafetividade uma grave falha ou os legisladores estão imersos em uma acomodação jurídica? A permissividade constitucional ecoa desde os primórdios da Proclamação da República, o que mudou aos olhos do mundo desenvolvido foi a forma de analisar as necessidades veementes de casais homossexuais, homo afetivos, pois a “homovida” destoa (direitos homo afetivos não compoem a uniformidade legal, por não estarem expostas legalmente) de todos os demais direitos expressos e mesmo assim necessita das mesma coisas que todos os cidadãos.

Se levarmos em conta o ditado do faça o que a lei diz e busca alcançar o que ela não proíba, inúmeras vezes houve a possibilidade da busca por direitos antes amarrados. Falo em permissividade constitucional pelos simples fato de busca por direitos já existir anteriormente, mas nem sempre a mesma foram alcançadas em virtudes da era histórica-social, política, pensadores renomados ou mesmo costume propagados. É errôneo essa lentidão que se disfarça da parcimônia legislativa, a inercia é prejudicial e representa u freio para a facilidade jurídica, pois os meios burocráticos acabam atrasando o que já está vivenciado há muitos anos: o afeto entre casais do mesmo sexo e a vontade de constituírem família.

O casamento civil homoafetivo perante os cartórios nos trouxe uma ideia de que é ilimitada a inercia do legislador e as modificações demoram, mas não falham, pois cada vez mais as demandas sobre homo essência são atendidas diante de tribunais.

O homossexual é tão digno e humano como qualquer heterossexual. A negativa de direitos voltada para a relação amorosa com uma pessoa do mesmo sexo e a indignação que isso possa ocasionar ainda é maior que o deferimento jurisdicional de demandas homo afetivas.

O único fato que nos difere é a identidade sexual, mas não nos separa. Os indivíduos mais conservadores se assustam com o andamento das relações amorosas, todavia não é razão para o desrespeito e ne existe muro algum que os dividam. É possível a discordância ao dependente do sexo. O problema é a substituição deste pelo descaso e em situações mais extremas, o ódio.

Guimarães Rosa, adepto da proposta eudemonista já dizia que a infelicidade retrata apenas uma questão prefixal. Portanto, a dignidade, a moralidade, o respeito e a adequação estão presentes diante do casamento civil de pares do mesmo sexo. A privação de direitos homo

afetivos é apenas um impasse a ser dissolvido com o auxílio da inclusão social e jurídico-legal, visto que nunca é tarde para nos aliarmos ao pluralismo familiar, à liberdade, à isonomia, e à afetividade e que o Direito de Família seja o Direito para todas as famílias, em especial àquela issossexual.

Por fim, não substituir o amor pelo ódio; desfazer uso de pensamentos ultrapassados, analisar como mudam as decisões judiciais de tempos em tempos-seja rápida ou demorada a análise- a mudança sempre aparece aos olhos leigos e aos jurídicos. Não se ater a homofobia como a única alternativa, a agir pela tolerância, reconhecer que o nosso direito acaba assim que começa a busca pelo ressarcimento da paz do outro indivíduo, pressupõem-se que esta é a melhor maneira correta de enxergar o Direito Homoafetivo em consonância com o Direito das famílias, pois é mais fácil separar as partículas de um átomo do que entendermos a complexidade da quebra de um preconceito, como disse Albert Einstein.

REFERÊNCIAS

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbara, 2004.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Casamento: instituição em xeque. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Casamento: uma escuta além do judiciário**. Florianópolis: Voxlegem, 2006.

BRASIL. **Código Civil** (2002). 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990). Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CROCHÍK, José Leon. **Preconceito, indivíduo e cultura**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **União estável homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito Das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a Um Novo Ramo do Direito. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) **Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5.

HERMES, Marechal. **DIGA NÃO À PEC 37** Disponível:

<http://www.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4889> Acesso: 20/12/2014.

LACERDA, Alexandra Magno Benites de. Considerações sobre a PEC 37/2011 e seus reflexos na investigação criminal no Brasil. Disponível:

<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=194>. Acesso: 20/10/2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOWEN, Alexander. **Amor e orgasmo: guia revolucionário para a plena realização sexual**. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1988.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual do direito de família**. 1. ed. Barueri-SP: Manole, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homo afetivos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

WELTER, Pedro Belmiro. Família Homoafetiva: Limites Constitucionais. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, v. 2, p. 69-86, fev/mar. 2008.

ZAMPIER, Débora. **Favoráveis à PEC 37 apontam descontrole do Ministério Público.**

Disponível: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/30/favoraveis-a-pec-37-apontam-descontrole-do-ministerio-publico.htm>. Acesso: 5/01/2015.

CHARGEBACK: ATÉ ONDE O COMÉRCIO ELETRÔNICO SE MOSTRA VANTAJOSO PARA O EMPRESÁRIO?

*Bruna IMAZU¹⁰⁵
Ana Paula MEDA¹⁰⁶*

RESUMO

Este trabalho estuda em específico um problema advindo das relações consumeristas virtuais, denominado chargeback. Tal dificuldade consiste na venda realizada por meio de um cartão de débito ou crédito, mas que acaba sendo cancelada pela ocorrência de algumas situações determinadas, que a invalidam. Desta forma, aponta-se o que pode ser considerado chargeback, qual sua diferença com o direito de arrependimento previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor e como é possível reduzir sua ocorrência. Destaca-se ainda, a responsabilidade civil também calcada no Código mencionado por eventual fraude na contratação, de maneira a visualizarem-se os prejuízos decorrentes do mercado virtual. Para tanto, o estudo segue em linhas gerais os artigos de Vitor Vilela Guglinski, expoente pesquisador na área e utiliza o método dedutivo em conjunto com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica para desenvolver o tema.

262

PALAVRAS-CHAVE: Chargeback. Código de Defesa do Consumidor. Relações consumeristas virtuais. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

This work studies specifically a problem from virtual consumerist relationships, named chargeback. Such difficulty consists in a sale paid via credit or debit card, but that ends up being cancelled because of the occurrence of some determined situations, which invalidates it. This way, it's pointed what can be considered a chargeback, its difference with repentance right, foreseen in article 49 of the consumer defense code. In addition, it highlights the civil responsibility also based in the mentioned code, for eventual contract fraud, in a way to visualize the financial loss resulting from the virtual market place. Therefore, this study follows the general lines of the articles by Vitor Vilela Guglinski, exponent researcher in the area and utilizes the deductive method, together with the techniques of documentary and bibliographical researches to develop the theme.

KEYWORDS: Chargeback. Consumer defense code. Virtual consumer relationships. Civil responsibility.

¹⁰⁵ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

¹⁰⁶ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora em pauta focou o fenômeno do chargeback no comércio eletrônico, de forma a explicar no que consiste referida questão, quais são as garantias legais vislumbradas tanto para consumidores quanto para empresários e o conseqüente impacto que este acontecimento gera para a figura de ambos.

A abordagem deste objeto de estudo proporciona a análise do Código de Defesa do Consumidor voltado para o âmbito virtual, acentuando-se o modo pelo qual este microsistema jurídico pode ser invocado no tratamento do assunto em apreço. Assim, a justificativa e a relevância social do tema estão consolidadas justamente na necessidade de se refletir sobre os problemas advindos das relações de consumo engendradas no mundo virtual.

Com isso, a principal problemática suscitou o seguinte: como a legislação vigente pode ser aplicada nos casos de chargeback e o que pode ser feito pelo cliente/consumidor e também pelo empresário para reduzir o número de fraudes e problemas que resultem em vendas sem o efetivo pagamento.

Neste sentido, objetivou-se elucidar a relação existente entre o chargeback e o comércio eletrônico, bem como a diferença que reside entre tal fenômeno e o direito de arrependimento que encontra previsão no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Igualmente, viu-se a necessidade de esclarecimento acerca das possíveis condutas a serem adotadas pelo empresário na diminuição de tal fenômeno.

Diante disso, para que se tornasse plausível a compreensão do problema, percebeu-se indispensável a limitação do estudo a ser desenvolvido que, por sua vez, iniciou-se com a análise conceitual do que é o chargeback e a responsabilidade civil quando da ocorrência de fraude, passando por considerações pertinentes ao direito de arrependimento em correlação e distanciamento ao chargeback e, por fim, as medidas que agregam relevância na minimização desta situação oriunda das relações consumeristas modernas.

Assim sendo, o referencial teórico seguido guiou-se essencialmente pelos textos de Vitor Guglinski, que situa o chargeback em consonância com o e-commerce, afunilando o tema mediante seu desenvolvimento na seara da responsabilidade civil e as vias para seu adequado tratamento.

Como metodologia utilizou-se para elaboração do presente estudo o método dedutivo,

partindo-se da ideia do que vem a ser o chargeback até se trabalhar o ponto de sua relação com o Código de Defesa do Consumidor e as formas razoáveis de evitá-lo, presumi-lo e conhecê-lo.

Por fim, algumas técnicas de pesquisa também foram empregadas neste trabalho, sendo estas a pesquisa indireta documental, por meio da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor e a pesquisa indireta bibliográfica, ao passo que se buscou em artigos científicos, doutrinas específicas e em revistas jurídicas explicações sobre a temática então indicada.

DO CHARGEBACK

É indubitável que a tecnologia vem assumindo um papel cada vez mais relevante na vida de todas as pessoas. Os relacionamentos, as conversas, reuniões de empresas, aulas, já não carecem ser presenciais. O contato, o corpo a corpo, o olho no olho vem perdendo a cada dia a sua imprescindibilidade, uma vez que por meio da internet, telefone, entre outros meios há a possibilidade de se resolver praticamente tudo e com mais comodidade.

Com a globalização a distância foi sendo reduzida, não sendo mais impedimento, nem mesmo para a realização de negócios. É possível efetuar uma compra do outro lado do mundo, já que tudo pode ser feito virtualmente.

E é nesse viés que se apresenta o e-commerce, conhecido também como comércio eletrônico. Por meio dele qualquer pessoa, de qualquer parte do mundo pode realizar uma compra sem sair do conforto de sua casa, por exemplo. Algo bem mais prático, rápido e até mais econômico.

Nesse sentido, coaduna João Batista de Almeida (2015, p. 18):

De há muito, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e direta transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor.

Todavia, ao passo que o ambiente virtual trouxe todas essas facilidades, este não é arraigado somente de benefícios. Inúmeros problemas envolvem esse sistema de compras, dentre estes, o chamado chargeback.

O chargeback, tema pouco conhecido entre juristas e até mesmo entre empresários, trata-se de “um dos atuais vilões do e-commerce” (GUGLINSKI, 2012, p. 48), que vem ocasionando

severos prejuízos para lojistas de comércio virtual e muitas vezes seu próprio fechamento.

Para melhor compreensão do que vem a ser essa prática, Josiane Osório, em artigo *on-line* intitulado “O risco do chargeback nas vendas por cartão”, qualifica o chargeback como sendo:

O cancelamento de uma venda feita com cartão de débito ou crédito, que pode acontecer por dois motivos: um deles é o não reconhecimento da compra por parte do titular do cartão, e o outro pode se dar pelo fato de a transação não obedecer às regulamentações previstas nos contratos, termos, aditivos e manuais editados pela administradora. Ou seja, o lojista vende e depois descobre que o valor da venda não será creditado porque a compra foi considerada inválida. Se o valor tiver sido creditado ele será imediatamente estornado ou lançado a débito no caso de inexistência de fundos no momento do lançamento do estorno.

Em linhas gerais, trata-se da venda de um produto pelo lojista – por meio eletrônico, não tendo em contrapartida o pagamento. Poderia ser entendida como uma relação trienal, havendo como sujeitos o vendedor, o comprador e por fim a administradora de cartão de crédito/débito, a qual atua de forma a interceptar tal transação. Há que se falar, entretanto, para que realmente seja configurado o chargeback, da necessidade de haver uma legítima causa de direito, traduzida na ocorrência de um dos fatos:

(i) não reconhecimento, por parte do titular do cartão, da compra que gerou o débito lançado na respectiva fatura; ou (ii) descumprimento de normas afetas ao contrato firmado entre o fornecedor de produtos ou serviços e a administradora de cartões, fato que autoriza esta a não creditar valores na conta do fornecedor (GUGLINSKI, 2012, p. 49).

Em relação ao primeiro caso (i), diz respeito à possível clonagem, furto, roubo ou qualquer forma de apropriação indevida/ilegítima do cartão por terceiro, o qual realiza as compras em nome do titular, ou seja, da vítima. Deste modo, tem esta a possibilidade de exigir a repetição de indébito, uma vez que não era sua intenção realizar tal aquisição. Enquadra-se nesse mesmo fato o caso de fraude, em que o titular do cartão realiza a compra e posteriormente não a reconhece, agindo desse modo de má-fé.

Na segunda hipótese (ii), denota-se a discrepância que há nos contratos firmados entre os lojistas e as administradoras de cartão, uma vez que estas possuem praticamente todos os direitos, restando àqueles somente as obrigações. Além disso, “nenhuma administradora de cartão de crédito garante transação alguma nas vendas efetuadas pela internet, ficando a cargo do lojista todos os riscos inerentes à operação e também, é claro, o risco do chargeback” (OSÓRIO, *on-*

line).

Percebe-se, assim, que ao lojista concorrem deveres, prejuízos e fragilidades, e que o chargeback pode ser muito mais nocivo do que se imagina, à medida que em determinadas situações é necessário utilizar o próprio valor em caixa, o qual foi recebido de forma legítima, para poder pagar aquela negociação inválida.

A cada dia a utilização do sistema virtual para a realização de compras se faz presente, uma vez que tal prática é mais cômoda. Entretanto, há que se analisar o outro lado da moeda, no qual se apresenta o chargeback, ainda pouco tratado e discutido na seara do direito e ainda não consolidado em nossas jurisprudências.

Quanto à responsabilidade pela ocorrência do chargeback, as consequências podem remeter ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor em determinadas situações, conforme corrobora Vitor Vilela Guglinski em artigo publicado pela revista Consulex.

Nesse sentido, em caso de constatada fraude, o consumidor, se já cobrado ou quitado o que não lhe fazia jus, tem direito à repetição do indébito como aponta o artigo 42 do CDC, funcionando como uma sanção ao fornecedor (GUGLINSKI, 2012, p. 50).

Também, quando o consumidor verter-se de má-fé, noticiando uma fraude inventiva, recairá sobre o mesmo a responsabilidade civil no que concerne a recompensar o fornecedor prejudicado por sua atitude, observando-se uma natureza indenizatória dessa medida a fim de que o dano seja restituído. Além disso, esse mesmo consumidor ainda está passível de ser punido em âmbito penal (GUGLINSKI, 2012, p. 50).

Neste aspecto, Gabriela Justo em publicação *on-line* (2015) observa a existência de três tipos principais de fraudes de cartões de crédito cometidas no ambiente eletrônico, sendo estas a fraude efetiva, a autofraude e a fraude amiga. Nas três circunstâncias há evidente prejuízo ao fornecedor que, como se verá adiante, deverá valer-se do investimento em segurança, a fim de se prevenir.

Para a autora a fraude efetiva é aquela perpetrada por terceiro, figurando-se por verdadeiro estelionatário, com intenção precípua de se fazer passar por outra pessoa, de modo a receber vantagens com isso. Já a autofraude é desempenhada pelo próprio titular do cartão que realizou a compra, mas que ignora tal operação com a finalidade de ver devolvido seu dinheiro.

Ainda assim, a fraude amiga seria aquela em que a má-fé não é do titular do cartão e sim de parentes achegados do mesmo que podem consolidar a compra como se titulares fossem. Vê-

se, com isso, que inúmeras são as fraudes passíveis com cartões de crédito a ensejar o chargeback.

As chances de fraude com cartão de crédito são mais fáceis de ocorrer visto que poucos utilizam o dinheiro em espécie e o uso do cheque vem perdendo espaço no mercado atual. O cartão de crédito/débito assumiu lugar na carteira da população brasileira como demonstra pesquisa feita pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) Brasil em 2013, intitulada “Sete em cada dez brasileiros não sabem quanto pagam pelas taxas do cartão de crédito”.

Referido estudo aponta que 77% dos consumidores no país já utilizam o chamado o cartão de crédito/débito. Especificando a análise acerca do uso do “dinheiro de plástico” a pesquisa ainda sugere que, apesar do grande número de usuários, a grande maioria, isto é 72%, não sabem o valor pago de juros quando não conseguem realizar o pagamento total da fatura.

Mais do que isso, percebe-se que os consumidores possuem mais de um cartão. De acordo com os dados estatísticos divulgados pelo SPC Brasil, em 2012, 35% das pessoas tinham apenas um cartão. O índice para dois cartões era de 21%, bem como o uso de três cartões já atingiu a marca de 9%. Para quatro cartões ou mais, a porcentagem viu-se em 8%.

Diante do mesmo aspecto, mas quanto ao ano de 2013, pode-se visualizar que o número de pessoas que possuíam somente um cartão diminuiu, sendo que aqueles indivíduos que passaram a utilizar mais de um cartão cresceram.

Em dados, isto significa que 31% dos consumidores naquele ano tinham só um cartão, que o uso de dois cartões saltou para 24%, sendo que 12% das pessoas começaram a utilizar três cartões e 11% passaram a usar quatro ou mais cartões em suas relações de consumo.

Em correspondência a isso, no que diz respeito à responsabilidade advinda pelo chargeback esta é alvo de constante questionamento e pesquisa sobre as obrigações deste negócio em esfera judicial:

Desta forma, pode-se afirmar que é juridicamente possível a repartição dos riscos e dos prejuízos entre o lojista e a administradora de cartões de crédito ou débito, na venda de produtos a distância, uma vez que haverá vício na prestação de serviço, sujeito à regra do art. 19 do CDC, salvo comprovada má-fé do consumidor, o que caracteriza sua culpa excessiva (GUGLINSKI, 2012, p. 51).

Mediante o exposto acima, os encargos são cabíveis tanto às operadoras de cartão quanto aos comerciantes, decorrendo a cada um o que se faz proveniente de sua atuação. Deste modo, a

responsabilidade correspondente ao chargeback pode vincular lojistas, operadoras de cartões, bem como consumidores de má-fé.

DA NÃO CONFUSÃO COM O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Em seu artigo 170, inciso V dispõe também sobre a defesa do consumidor entre os princípios da ordem econômica e, ainda, o artigo 48 de suas Disposições Transitórias traz a necessidade do Congresso de legislar a respeito da matéria. Este tema foi então regulamentado pela Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Este código tem por fim, como estabelece em seu artigo 1º, a proteção e defesa do consumidor, sendo este considerado a parte hipossuficiente e vulnerável de uma relação, frente ao fornecedor:

Ao estabelecer “*normas de proteção e defesa do consumidor*” o presente Código pretende intervir nas relações de consumo para proteção de um sujeito especial, vulnerável, desigual em sua relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações. Trata-se de um verdadeiro *microsistema* jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando-os de maneira desigual em relação aos fornecedores com o fito de alcançar a igualdade. (GARCIA, 2007, p. 4)

268

Apresenta Cavalieri Filho (2010, p.1) que o direito do consumidor é uma ramificação, um “broto” do Direito Civil que surgiu para atender as necessidades de uma coletividade em constante modificação. Foi possível então estabelecer uma ligação entre o direito do consumidor e as novas tecnologias que permitem relações consumeristas à distância.

Dentre tantas prerrogativas previstas no CDC, em seu artigo 49, dispõe-se sobre o direito de arrependimento, faculdade garantida ao consumidor que realiza compras fora do estabelecimento comercial, ou seja, compras efetuadas no comércio eletrônico, também ditas compras à distância.

Sabe-se que este tipo de prática tem-se aumentado cada vez mais, visto a facilidade que este negócio oferece ao consumidor e também ao próprio empresário, que não precisa se preocupar na manutenção de um estabelecimento físico, por exemplo. Todavia, como já

mencionado, há também o outro lado da moeda, como a possibilidade de ocorrência do chargeback:

O comércio eletrônico através da Internet é o ramo de atividade econômica que mais cresce no mundo. As jovens empresas que ingressam no comércio *on-line* têm atraído o maior número de investidores do mercado de ações, aumentando o valor de mercado de forma alucinante. O comércio eletrônico ou, simplesmente, *e-commerce* abriga uma vasta gama de atividades de negócios digitais, incluindo transações comerciais entre empresas e consumidores para venda e compra de produtos e serviços, através da Internet e outras redes de comunicações. (FAGUNDES, 2004, p. 24)

Assim, estabelece o artigo 49 do CDC que “o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

Embora tal artigo fale expressamente em contratação por telefone ou a domicílio, há que se estender a interpretação, alcançando também e principalmente, as compras realizadas pela Internet, sendo esta a prática mais comum atualmente:

[...] o consumidor não precisa estar presente no estabelecimento comercial, ou seja, pode escolher o produto muitas vezes por imagens ilustrativas e efetuar a compra sem ter contato físico com o produto ou com o vendedor. Esta modalidade de compra e venda na verdade não é tão nova; compras à distância eram feitas por telefone ou até mesmo por cartas ou catálogos. Os mesmos direitos e cuidados que o Código de Defesa do Consumidor garante para estas compras à distância, alcançam também a Internet (PINHEIRO; SLEIMAN, 2009, p. 43).

No direito de arrependimento, o consumidor tem o chamado prazo de reflexão, que consiste em sete dias, para desistir do contrato. Isto significa que ao comprar um produto fora de um estabelecimento comercial, ele pode, por qualquer motivo, querer devolver o objeto da compra, devendo os valores eventualmente pagos serem estornados, monetariamente corrigidos, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 49 do CDC.

Isto porque, ao efetuar este negócio através do comércio eletrônico, o consumidor não tem o contato direto com o produto ou serviço, não havendo a possibilidade de testá-lo, manuseá-lo, verificar se atende as suas necessidades ou expectativas, podendo ser lubrificado pela publicidade, que muitas vezes apresenta imagens que tem como finalidade precípua levar as pessoas a

consumirem.

Nesse sentido, verifica-se a única semelhança do direito de arrependimento com o chargeback, qual seja, a devolução de valores que foram eventualmente pagos pelo consumidor.

Ocorre que realmente esta é a única característica em comum, e mesmo assim persiste a confusão acerca do assunto. Porém, de uma análise mais atenta, percebe-se que o chargeback guarda relação com a teoria do risco da atividade, haja vista que caberá ao fornecedor a responsabilidade objetiva pela indenização ao consumidor, nas hipóteses previstas. Enquanto o direito de arrependimento relaciona-se ao princípio da vulnerabilidade que o consumidor está sujeito ao contratar fora do estabelecimento comercial.

Neste limiar, para melhor elucidação desse ponto peculiar do trabalho entende-se que “a diferença do *chargeback* para o direito de arrependimento é que, para o primeiro é necessária uma relevante razão de direito. Ou seja, o direito de arrependimento, [...], pode ser exercido [...] sem necessidade de qualquer justificativa lógica por parte do consumidor” (JUSTO, 2015) por via diversa, o chargeback exige conjunturas certas para ser considerado.

Em outras palavras deve salientar-se que o direito de arrependimento não exige situações específicas para que seja exercido, ou seja, é incondicionado a circunstâncias pré-determinadas, diferentemente do que acontece no chargeback que carece da ocorrência de algumas situações para que reste configurado.

Para fins de exemplificação, observe-se o entendimento jurisprudencial acerca do direito de arrependimento:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. [...] 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, [...] 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, [...] (STJ - REsp: 1340604 RJ 2012/0141690-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013).

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir da jurisprudência retro, o direito de arrependimento promove equilíbrio nas relações de consumo, principalmente, porque no caso da venda à distância o cliente/consumidor não tem contato físico com o objeto da compra, desse modo, transcrita decisão denomina tal negócio de venda agressiva.

Ainda neste viés, nota-se que o direito de arrependimento não tem restrições legais, conforme expõe a deliberação do STJ, divergindo consubstancialmente do chargeback que, por sua vez, está delimitado em ocasiões vinculadas.

Neste sentido, o julgado a seguir, de primeira instância, publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo, de 16 de junho de 2015, demonstra com exatidão caso recente de chargeback:

Processo 0005751-47.2014.8.26.0108 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Bancários - ALEXANDRE COELHO CALADO - BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - Vistos, Relatório dispensado, a rigor do artigo 38 da Lei nº 9.099/95. A tese do autor consistiu no fato de que fora injustamente debitado em sua fatura de cartão de crédito um valor referente a uma compra que já havia sido cancelada meses antes (01). As teses da ré consistiram no fato de que a mora do autor em enviar a documentação necessária, após informar que recebeu mercadoria diversa da adquirida, gerou a cobrança na fatura (01); banco não pode ser responsabilizado por atos do lojista (02). [...] Em contestação, a ré informou que tentou inúmeros contatos com o autor, após efetuação do chargeback e da empresa Mastercard ter rerepresentado os valores, sob a alegação de que o autor teria recebido a mercadoria. Todavia, após estas várias tentativas, o autor informou que recebeu mercadoria diversa da solicitada. [...] JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para o fim declarar inexigível o débito na fatura de cartão de crédito do autor referente à compra narrada na inicial, assim com os encargos dele derivados [...].

271

Nota-se que os dois casos são distintos. No direito de arrependimento o consumidor não precisa motivar a rejeição pelo objeto do contrato, podendo simplesmente dispor daquilo que foi adquirido por não gostar do produto, em razão de não ter havido contato físico com o mesmo. Assim, não há necessidade de explicações por parte do consumidor quanto à devolução a ser efetuada.

Eis o que estabelece Vitor Vilela Guglinsk em artigo *on-line* (2014):

Sintetizando, no *chargeback* inexistente arrependimento do consumidor em relação ao negócio sacramentado, pois sequer há tratativas entre este e o fornecedor. Há,

sim, a ocorrência de uma fraude por parte de terceiros, ou até mesmo por má-fé do consumidor, ou por parte de próprio fornecedor, ao descumprir as regras que regulamentam o contrato entre este e a administradora do cartão. De seu turno, no direito de arrependimento inexistente fraude ou descumprimento de qualquer regra contratual a ensejar a desistência do consumidor em prosseguir com o negócio. Como dito, é um direito potestativo, despido de qualquer justificativa por parte do consumidor para que ocorra. O consumidor, após refletir sobre a conveniência ou oportunidade da contratação, simplesmente desiste de prosseguir com o negócio, se arrepende, e ao fornecedor resta apenas o dever de acatar a decisão do consumidor.

Destarte, faz-se evidente que o direito de arrependimento é um tema cujo cerne diverge do chargeback, principalmente pela necessidade ou não de motivação. Além disso, o chargeback enfoca a questão do fornecedor, ao passo que o artigo 49 do CDC frisa a hipossuficiência do destinatário final de produtos ou serviços.

REDUÇÃO DO CHARGEBACK

Vários apontamentos são feitos na busca pela diminuição de casos de chargeback. No entanto, essas possíveis soluções indicadas por estudiosos em e-commerce demonstram que o aumento de custos para o negócio torna-se inevitável, gerando desconforto na aplicação de tais medidas.

Neste aspecto, muitos iniciantes do negócio eletrônico acabam ignorando a dimensão do risco do chargeback, no intuito de evitar gastos. Contudo, referida conduta poderá ver-se refletida em prejuízos futuros que a loja virtual está exposta a ocorrer, de forma que o resultado final seja o fechamento da empresa. Os gastos despendidos com segurança equivalem à própria prevenção do negócio.

Com isso, as duas indicações sugeridas por conhecedores do assunto têm realização com o uso de “intermediários no pagamento, como os conhecidos *PagSeguro* (UOL), *Pagamento Digital* e *MercadoPago* (Mercado Livre), pois, nesse caso, a venda seria garantida”(GUGLINSKI, 2012, p. 51), já que tais intermediárias garantem as compras aprovadas (BENÍCIO, 2013, *on-line*).

A segunda abordagem alternativa a essa questão seria “a contratação de uma empresa especializada em riscos” (GUGLINSKI, 2012, p. 51), que se voltaria especialmente para o controle de segurança das transações em espaço eletrônico, aferindo determinado valor sobre a

venda, como uma espécie de garantia.

Acrescenta-se, ainda, que outro serviço que a empresa voltada para o gerenciamento de riscos pode prestar é a análise de dados que seja capaz de dar conhecimento sobre o risco do negócio. Para Benício (2013, *on-line*) a ClearSale e a FControl são exemplos de empresas especificamente direcionadas na segurança das operações no comércio eletrônico que, além de avaliarem o risco da transação, oferecem uma comissão sobre o valor integral da compra que é chamada “garantia da venda”.

Para Christian Holst em matéria veiculada pelo site e-commerce Brasil (2015), a prevenção do chargeback pode se dar também com uma medida simples que, a princípio ressoa sem efeito, mas que possui sentido dentro desta temática. Trata-se da adoção de um nome que guarde relação com a empresa na qual a compra foi efetuada.

Explicando, é preciso que o nome que aparece na fatura do cartão do consumidor remata-o diretamente à compra que ele realizou na loja virtual daquele fornecedor, ou seja, que o nome de registro da empresa (razão social) esteja relacionado com o nome fantasia, pois desta forma o cliente lembrará que realizou a compra.

Isso, então, impede que o consumidor acredite tratar-se de fraude, a qual poderia ensejar um caso de chargeback. É um método passível de ser realizado pelo fornecedor podendo ter largo alcance de resultados quando da inibição de estranhamentos com a fatura do cartão de crédito.

De igual maneira, é viável citar que alternativas podem ser executadas pelos empreendedores, a fim de que o chargeback seja evitado ou, ao menos, reduzido. É o que descreve Daniel Bento em seu artigo *on-line* (2014) intitulado Chargeback: quem perde com isso no e-commerce?:

1 – Entender o comportamento de compra de seu cliente, ciclos de compra e valores médios: Isso te ajudará a construir um perfil do bom comprador e em que pontos o comportamento do fraudador se distancia desse modelo. 2 – Usar ao menos uma ferramenta antifraude do mercado: Isso vai proteger seus negócios e o sistema financeiro, tentando manter os seus índices de fraude entre 0,3% e 1,0% . 3 – Assumir em seu orçamento anual que você sofrerá sim algumas fraudes e que a média dessas fraudes estará entre 0,3% e 1,0% do seu faturamento bruto.

Corroborando nesta lógica Neemias Benício (2013, *on-line*) ao indicar a necessidade da loja virtual desenvolver uma política particular relacionada com suas respectivas peculiaridades.

Assim, o autor em questão trabalha com condutas relevantes na tentativa de diminuir o chargeback.

A primeira atitude a ser tomada seria uma simples verificação pública por meio do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) nos dados do Ministério da Fazenda, a fim de se checar o nome vinculado ao CPF. A análise do endereço informado mostra-se também importante atitude nesta seara.

Nesta conjuntura, é de grande valia perceber se o endereço informado pelo consumidor corresponde ao Código de Endereçamento Postal (CEP) devido. O lojista virtual ainda deve atentar-se para o uso de e-mails e provedores gratuitos completamente diversos do nome do comprador.

Igualmente, a identificação do endereço de IP (Protocolo de Internet) é importante trunfo a informar o local, como, por exemplo, o Estado, a cidade ou até mesmo o bairro do qual foi efetuado o pedido de compra. Segundo o citado autor é razoável o emprego de serviços de geolocalização a partir do IP.

É indicado, do mesmo modo, que em caso de suspeita, a loja virtual contate o cliente a fim de que alguns dados sejam confirmados e, possivelmente, torne-se mais fácil a identificação da fraude. Outra dica apontada para a diminuição de casos de chargeback é que o lojista adote uma “Base de Negativação”.

No entendimento de Benício, tal base cadastra os clientes que, anteriormente, já realizaram transações fraudulentas na loja virtual, bem como no comércio eletrônico geral, de forma que suas compras futuras não sejam aprovadas.

Entretanto, ainda dentre todas as recomendações expostas, o autor evidencia que nenhum tipo de negócio é livre de risco.

Em outras palavras significa dizer primeiramente que o empresário ao abrir um negócio, independente de este ser virtual ou não, deve ter em mente que possíveis prejuízos poderão advir. Todavia, é possível ao menos reduzir as chances disso ocorrer, de forma a investir em práticas de prevenção que, se por um lado demandará um pouco mais de gastos, de outro permitirá até mesmo o crescimento de sua empresa, haja vista a confiabilidade que o próprio consumidor terá em efetuar suas compras em um comércio eletrônico seguro.

Observe-se ainda, que as administradoras de cartões também estão reagindo em prol da segurança no e-commerce. Isto porque a fraude virtual não atinge somente o lojista. Desse modo,

no Brasil, a Redecard e a Cielo estão a oferecer novas garantias na compra em ambiente eletrônico:

A Redecard através do Komerci com AVS oferece um sistema de verificação dos dados do comprador. Uma vez contratado, o sistema de loja virtual faz a solicitação da aprovação de crédito informando também o CPF e endereço do comprador. A administradora devolve então três respostas: código de aprovação da transação, confirmação do CPF e confirmação do endereço. Neste caso, o lojista pode fazer a entrega no endereço confirmado com total segurança, sem risco de chargeback. A Cielo lançou no Brasil o Verified By Visa (VBV). O VBV é um modelo de autenticação de transações de comércio eletrônico que acontece no site do Banco Emissor do cartão. Baseado no padrão global 3D secure, o sistema VBV basicamente remete o comprador ao Site do Banco que emitiu o cartão para que neste site o cliente forneça uma senha particular e desta forma seja autenticado, ou seja, sua identidade será confirmada através da senha.

Continuamente, cabe ressaltar que o tema chargeback é atual e, por vezes, complicado, instigando pesquisas e adequação jurídica que caminhem para acompanhar a dinamização da evolução tecnológica e sua relação com a vida das pessoas, implicando necessárias adaptações legais e jurisprudências que venham a condizer com os fatos da modernidade, como exemplifica a presente ideia sobre o chargeback, suas vantagens e desvantagens.

275

CONCLUSÃO

O chargeback embora seja um tema pouco tratado e conhecido entre juristas e empresários, assume destaque no cenário atual, visto estar intimamente relacionado com um dos assuntos mais discutidos nos últimos anos, qual seja, o mundo virtual.

Com a globalização e os avanços tecnológicos, as relações, sejam pessoais ou negociais, não carecem de contato físico, sendo possível resolver, se não todas as questões, a grande maioria, por meio eletrônico.

Neste panorama, o e-commerce também conquistou seu espaço e atraiu milhares de consumidores, os quais preferem efetuar suas compras no conforto de suas casas.

Se por um lado este tipo de negócio facilita a vida de compradores e empresários, que não precisam se preocupar com a manutenção de um espaço físico, por exemplo; por outro, o comércio eletrônico guarda certos riscos, dentre eles, o chargeback.

O chargeback consiste na venda realizada por meio de um cartão de débito ou crédito,

mas que acaba sendo cancelada pela ocorrência de algumas situações determinadas, que tornam a compra inválida.

Ao contrário do que muitos pensam, o chargeback não guarda relação com o direito de arrependimento preconizado no artigo 49 do CDC. Embora em ambos os casos haja a devolução de valores ao consumidor, esta vem a ser a única característica em comum. Isto porque, no direito de arrependimento não há a necessidade de motivação, podendo o comprador, dentro do prazo de reflexão, desistir do contrato, independentemente de uma explicação; ao passo que no chargeback é preciso demonstrar a ocorrência de uma compra não efetuada pelo próprio titular do cartão, ou então o desrespeito às regulamentações previstas no contrato firmado entre o fornecedor de produtos ou serviços e a administradora de cartões. Ademais, o direito de arrependimento relaciona-se com o princípio da vulnerabilidade, presente no Código de Defesa do Consumidor, ao passo que o chargeback guarda relação com a teoria do risco da atividade, já que o fornecedor deverá responder objetivamente indenizando o consumidor nas hipóteses previstas.

Quanto às consequências da ocorrência do chargeback, elas serão arcadas principalmente pelo fornecedor, que deverá estornar o valor ao comprador. Mas há que se falar na possibilidade de se dividir a responsabilidade pelos riscos e prejuízos entre o lojista e a administradora de cartões. Em outro giro, caso o consumidor tenha agido de má-fé, simulando uma fraude, poderá responder civil e penalmente.

Nesse sentido, o mais adequado é que o fornecedor busque medidas preventivas ao chargeback, de forma há pelo menos diminuir sua incidência, havendo várias alternativas para tanto, como por exemplo, a utilização de intermediários no pagamento, a contratação de uma empresa especializada em riscos, entre outras. Isto de fato gera gastos, mas em contrapartida, minimiza prejuízos e aumenta a confiabilidade de consumidores, visto que ambas as partes desejam realizar negócios seguros.

A busca por comodidade, a falta de tempo e o imediatismo são fatores que influenciam no crescimento do comércio eletrônico, que tem suas vantagens e desvantagens, tanto para o consumidor, quanto para aquele que fornece os produtos ou serviços. O fato é que em todo negócio riscos e prejuízos far-se-ão presentes, sendo possível, ao menos, reduzir a possibilidade de virem a ocorrer.

É preciso também se atentar às questões de fraude, visto que a utilização de cartões de crédito/débito cresceu muito nos últimos anos, sendo que, como demonstra pesquisa realizada

pelo SPC Brasil, muitos brasileiros possuem mais de um cartão. Isto demonstra a facilidade que o dinheiro de plástico trouxe para os cidadãos, sendo este o meio mais comum quando da realização de uma compra pelo comércio eletrônico. Desta maneira, cabe não só ao fornecedor adotar medidas preventivas, mas também compete ao consumidor o devido cuidado na realização de qualquer negócio.

Atentar-se a assuntos como o chargeback, permite não só o advento de lojas virtuais, mas também a circulação de capital e o fomento da economia aliada à tecnologia. Ademais, para se manter em um mercado competitivo, o fornecedor deve saber investir e proteger seus negócios, bem como conquistar a confiabilidade dos consumidores, que a cada dia estão mais exigentes e preocupados com sua segurança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENÍCIO, Neemias. **O que é chargeback e como evitar fraudes em sua loja**. Disponível em <<http://ecommercepordentro.com/o-que-e-chargeback-e-como-evitar-fraudes-em-sua-loja-virtual/>> Acesso em 21 jun. 2015.

BENTO, Daniel. **Chargeback: quem perde com isso no e-commerce?** Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/chargeback-quem-perde-com-isso-no-e-commerce/>> Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. **Lei 8.078/90**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAGUNDES, Eduardo Mayer. **Como ingressar nos negócios digitais**. São Paulo: EI-Edições Inteligentes, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus 2007.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **O que é chargeback?** Revista jurídica consulex – ano XVI – nº 363 – 1º de março/2012.

HOLST, Christian. **Como diminuir as taxas de chargeback.** Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/como-diminuir-as-taxas-de-chargeback/>> Acesso em: 17 jun. 2015.

JUSTO, Gabriela. **Cartão de crédito, fraude e responsabilidade objetiva.** Disponível em: <<http://gabrielajusto.jusbrasil.com.br/artigos/189455197/cartao-de-credito-fraude-e-responsabilidade-objetiva>>. Acesso em: 17 junho 2015.

OSÓRIO, Josiane. **O risco do chargeback nas vendas por cartão.** Disponível em: <<http://www.cursodeecommerce.com.br/blog/chargeback/>> Acesso em: 10 jun. 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck; SLEIMAN, Cristina Moraes. **Tudo o que você precisa saber sobre direito digital no dia a dia.** São Paulo: Saraiva, 2009.

Processo 0005751-47.2014.8.26.0108 - Procedimento do Juizado Especial Cível – Bancários. Diário de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, 16 jun. 2015, p. 1030. Disponível em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=9&nuDiario=1905&cdCaderno=13&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. **Sete em cada dez brasileiros não sabem quanto pagam pelas taxas do cartão de crédito.** Disponível em <<https://www.spcbrasil.org.br/imprensa/pesquisas/201-seteemcadadezbrasileirosnaosabemquantopagampelastaxasdocartaodecredito>> Acesso em 18 jun. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **REsp: 1340604** RJ 2012/0141690-8, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 22/08/2013.

CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES DE *COMPLIANCE* NA ADVOCACIA FRENTE ÀS ALTERAÇÕES NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Emily GARCIA¹⁰⁷
Felipe Lourenço MENDES¹⁰⁸

RESUMO

O presente artigo busca analisar os deveres de *compliance*, na nova lei de lavagem de dinheiro, em relação à advocacia. Apresentando-se como objeto da pesquisa a verificação de sua constitucionalidade em detrimento ao dever de sigilo inerente ao advogado, o qual possui previsão tanto legal quanto constitucional. Para tanto, utilizou-se como método de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial. Assim, em um viés da teoria da imputação objetiva, no referente às ações neutras do profissional liberal como forma de se afastar a imputação por participação, busca-se salvaguardar constitucionalmente sua atuação profissional de forma a respeitar o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, tem-se a exigência dos deveres de *compliance* ao advogado na defesa de seu constituinte como inconstitucional, visto que na colisão entre o interesse estatal, na persecução penal, e o do advogado, na defesa de seu cliente, deve prevalecer este último, como forma de se assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

279

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Inconstitucionalidade. Advocacia. Lavagem de Dinheiro.

ABSTRACT

The present article intends to analyze the compliance duty fronts the new money laundering law in relation to advocacy. Presents as the object of research the constitutionality over to confidentiality duty inherent to the lawyer, which has both legal and constitutional provision. Therefore, it was used as a research method bibliographic and jurisprudential analysis. So, on a theory of objective imputation bias as regards to neutral actions of the money laundering professionals as a way to ward off charges for participating in which is included the lawyer, seeking to safeguard constitutionally their professional activities in order to respect the contradictory and legal defense. In this sense, there is the requirement of compliance duties to the lawyer in defense of his constituent as unconstitutional, since the collision between the state interest in the criminal prosecution, and the lawyer defending his client, should prevail is the last, as a way of ensuring the principles of the contradictory and legal defense.

KEYWORDS: Compliance. Unconstitutionality. Advocacy. Money Laundering.

¹⁰⁷ Estudante de Graduação – PUC/PR Londrina.

¹⁰⁸ Estudante de Graduação – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, na atualidade, passa por um processo de expansão, em que o Estado reconhece sua limitação como forma de controle da criminalidade e decide por transferir determinadas responsabilidades ao setor privado por meio dos chamados deveres de *compliance*, os quais consistem, em linhas gerais, em determinados padrões de normas e comportamentos que devem ser observados com o fim de prevenção da criminalidade.

A lei de lavagem de dinheiro, que passou por recente alteração em 2012, prevê o sistema de *compliance*, o qual se estende aos profissionais liberais, entre os quais se discute se se estende ao advogado. O advogado em seu *múnus* possui dever de sigilo no que concerne ao atendimento de seu cliente e sua defesa. Desse modo, tem-se o conflito entre o dever de sigilo dos advogados e os deveres de *compliance* que a lei de lavagem de dinheiro prevê. Não há dúvidas da importância do *compliance* para a prevenção da criminalidade, entretanto esta colide com o papel do advogado, o qual, com observância ao sistema acusatório, possui o papel de defesa dos direitos de seu constituinte.

Assim, o Direito Penal na sociedade de riscos, como é qualificado hoje, assume a função de prevenção de riscos com o fim de proteção de bens jurídicos, todavia, tal fim não pode reduzir as garantias e os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, pois acima do Direito Penal se encontra nossa Carta Magna, a qual deve servir de base para todas as demais normas infraconstitucionais, entre as quais se inclui o Direito Penal.

Desse modo, tendo em vista o conflito existente entre o dever do *compliance officer* de relatar qualquer irregularidade à autoridade competente e o dever (e prerrogativa) do advogado de sigilo profissional, o presente artigo, em uma análise constitucional do Direito Penal busca analisar a constitucionalidade dos deveres de *compliance* no referente a advocacia.

SISTEMA DO *CRIMINALCOMPLIANCE*

Em face da complexidade dos crimes na atualidade, principalmente no que tange ao rastreamento da origem de bens a fim de identificar uma possível natureza delituosa, o direito penal desenvolve novos meios de apurar sua persecução, entre eles o instituto do *Criminal Compliance*.

Criminal Compliance é um termo de raiz inglesa, que seu cerne tem origem do termo *comply*, ou em português, “colaborar”, “executar”, “satisfazer”, “realizar o que foi imposto”.

Sugestivo ao significado da terminologia, no direito penal, nada mais é do que a participação ou colaboração das empresas, de iniciativa tanto pública quanto privada, no auxílio à investigação e prevenção de ilícitos. Tal assistência ao Poder Público se dá com a observância às leis que regem a natureza da instituição, como também com a adesão de políticas internas para se evitar práticas ilegais, nesse mesmo sentido:

[...] quando se fala em *compliance*, automaticamente se quer referir aos sistemas de controle internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores.

Em linhas gerais, representa a adoção de, entre outras medidas, transparência às práticas e sistemas corporativos, de modo que venham facilitar a comunicação no caso de suspeita, ou evidência, da utilização da empresa para fins ilícitos, seja por atos praticados por clientes, como por colaboradores, diretores ou demais agentes.

Entre os anos de 1933 e 1950 o governo norte-americano, ciente da utilização de imóveis para mascarar frutos do crime organizado, editou uma série de normas que visavam, principalmente, monitorar, acompanhar e proteger o mercado imobiliário e de títulos, dentre tais medidas, a criação da SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Troca e Valores Imobiliários).

No ano de 1960, inicia-se a “Era Compliance”. A SEC começa a reclamar a contratação de *Compliance Officers* a fim de que criem procedimentos internos de controle, treinem e capacitem funcionários, com o objetivo de monitorar, auxiliar e supervisionar nas áreas de negociação.

De modo geral, *compliance officers* são profissionais responsáveis pela implementação, gerência e fiscalização tanto das práticas de *compliance* objetivo, como subjetivo. O primeiro, referente às obrigações imputadas pela Lei às empresas, escritórios e demais órgãos, enquanto o segundo trata-se de estipulações criadas pelos próprios diretores e responsáveis, a fim de garantir a satisfação do texto legal.

Sua função, portanto, jaz desde a elaboração de planos e estratégias, com a finalidade de evitar práticas de ilícitos e diminuir os riscos, até garantir que não haja ações ou omissões por

parte de quaisquer dos membros da empresa. Nesse sentido:

Inicialmente, editou-se um pacote de medidas legais. O *bankSecrecyAct* de 1970 passou a exigir dos bancos e de outras instituições financeiras a comunicação das transações em espécie (*cash*) superiores a U\$ 10,000 (dez mil dólares norte-americanos), a serem feitas através dos chamados “CTR” (*CurrencyTransactionReport*). O objetivo dessa legislação era combater a lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, ao exigir das instituições financeiras a criação de “rastros” para o dinheiro (*papertrail*).

O mundo vislumbrou a fragilidade do sistema norte-americano no ano de 1974, quando o caso Watergate veio à tona. O acontecimento consistiu no desmantelamento da artimanha utilizada pelo então presidente Richard Nixon a fim de implantar escutas telefônicas no edifício Watergate, onde se localizava o Comitê Nacional do Partido Democrata, partido de oposição ao de Nixon. Garganta Profunda foi o apelido ao informante do caso, o qual sugeriu que o dinheiro de campanha deveria ser rastreado, que deixaria um “traço”. Anos depois o caso foi aos cinemas no filme “Todos os homens do presidente” (*All the President’s Men*), no qual o delator utiliza a frase “*Follow the Money*” (siga o dinheiro), para que os investigadores desvendassem as fraudes cometidas. A frase utilizada no filme deu origem à expressão conhecida mundialmente na persecução do dinheiro proveniente de ilícitos.

A implementação pelas corporações de sistemas de *Compliance*, em âmbito global, cresceu na medida em que houve um expansionismo do direito penal e, em muitos sistemas jurídicos, uma coerção estatal, a qual se observa no Brasil, em casos de descumprimento com as exigências legais da atuação colaborativa com os órgãos responsáveis. Conforme Carla Veríssimo De Carli, a maior repressão penal aos ilícitos empresariais individuais e coletivos é que vem fazendo com que o “*Criminal Compliance*” se erga como fenômeno mundial e uma tendência nos organogramas dos modelos empresariais da atualidade. Nesse sentido:

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.

A adesão, portanto, deixa de ser meramente facultativa e passa a ser obrigatória, tanto pela face normativa, quanto pela imposição de parâmetros internacionais. Desse modo, levando-se em consideração o caráter de muitos delitos na atualidade, para os quais não há limites de fronteiras, a observância do criminal *compliance* apresenta-se como uma tendência empresarial universal. Assim, sua observância emerge a imagem de qualidade e ética corporativa, que é coercitiva não meramente aos diretores das corporações, mas a seus sócios e colaboradores da mesma maneira.

CRIMINAL COMPLIANCE NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A partir do século XX, com o crescente advento da globalização, não só as barreiras das comunicações e transportes tomaram caráter transnacional, como também o diâmetro da abrangência dos crimes e suas formas de ocultação.

O crime organizado se utiliza de diversas facetas de modo que venha a mascarar não unicamente seus reais líderes, como sua própria existência. Diante do cenário mundial, de suma importância se faz estudar as formas de prevenção do ilícito.

A criminalização da lavagem de dinheiro busca impedir o aproveitamento dos frutos do crime organizado. O instituto do *Criminal Compliance*, por sua vez, tem caráter preventivo, tange identificar o crime quando esteja em sua fase inicial.

A Lei de Lavagem de Dinheiro introduziu ao sistema legal brasileiro, de forma modesta, o instituto do *criminal compliance*, ainda em sua versão original, anterior à alteração pela Lei 12.683/2012, na qual o artigo 9º se referia ao dever de agir por parte, unicamente, da pessoa jurídica. Após a alteração legislativa, o dever deixou de ser somente da corporação, expandindo-se às pessoas físicas da mesma forma.

Art. 9º: Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:[...]

Assim, os capítulos seguintes tratam sobre as obrigações de *compliance*, propriamente ditas. Tal que os artigos 10 e 10-A então contidos dentro do Capítulo VI, qual é “Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros” e, posteriormente, os artigos 11 e 11-A, situam-se no Capítulo VII, este sendo “Da Comunicação de Operações Financeiras”, capítulo que trata sobre a

informação de atividades suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e outras ao Banco Central do Brasil (BACEN).

O artigo 10, inciso III, em especial, menciona a criação de institutos internos para a observância à lei. Aqui, pode ser observado, portanto, o gênesis do *Compliance* Subjetivo na legislação nacional.

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

Por conseguinte, o disposto no artigo 12 rege a responsabilidade administrativa nos casos de descumprimento nos dispositivos anteriores.

Não há no texto legal a utilização do termo *Criminal Compliance*, todavia, com base na definição do que consiste o instituto, é perfeitamente visível sua existência ao legislador estabelecer critérios específicos de deveres de informar e de atuar, bem como as pessoas que estão sujeitas a tais obrigações. A repercussão se tornou maior com o advento da Lei 12.846 de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que deu maior ênfase ao termo *Compliance*. Nesse caso, porém, estão sujeitas as empresas que contratam com o Poder Público, ao passo que o *Criminal Compliance*, vigente na Lei 9.613/1998, não distingue entre contratante com a Administração ou não. Nesse sentido:

No Brasil, seu maior exemplo encontra-se na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12). Essa legislação impõe a informação aos órgãos estatais de controle sobre operações suspeitas de envolverem branqueamento de capitais. Essa imposição constitui uma heteronomia e impede que a autorregulação (autonomia) possa alterar os fins dispostos na lei. As informações e a existência de um sistema de comunicação aos órgãos públicos é compulsória para pessoas físicas e jurídicas elencadas no corpo da legislação.

A normativa legal impõe, portanto, às empresas que observem determinados parâmetros e obrigações, as quais caso descumpridas, implicam em sanção. O *Criminal Compliance*, contudo, não se limita ao estrito cumprimento do texto da lei, o instituto extrapola a mera observância da lei e adentra ao campo dos regimentos internos empresariais a fim de observar o estrito adimplemento da obrigação legislativa, alguns dos entes legalmente imputados ao *compliance*

estabelecem, ainda, normas internas ou regimentos internos, ainda mais estritos e articulados, os quais visam exercer função coercitiva ao colaborador que tenha a possibilidade de permitir o ilícito com sua ação ou omissão. Assim, explica Gloeckner:

O instituto do Compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos e práticas ilícitas e a melhoria do seu relacionamento com clientes e fornecedores. O outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos citados arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98.

Consideram-se, portanto, duas divisões do instituto, aquela impositiva a todos os entes regulados pela Lei, a qual permite a denominação de *Compliance* Externo, ou Objetivo, e normas de caráter interno aos membros das empresas, o *Compliance* Interno, ou Subjetivo.

A finalidade, de tal forma, do segundo é senão a observância integral do primeiro. Um subsiste em detrimento do outro. São normas minuciosas, as quais podem ser estipuladas pelos dirigentes pela busca de contornar a possibilidade de fraude ou descumprimento do compêndio legal. Assim, dispõe Benedetti:

No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto Compliance; já na faceta objetiva, o Compliance é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto as suas obrigações, bem como a instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos.

Pode-se dizer, portanto, que o *Compliance* Subjetivo não se trata de uma regra impositiva ou obrigatória às sociedades empresárias, contudo, em vista de seu caráter preventivo, mostra-se eficaz à certeza do cumprimento do *Compliance* Objetivo. A fim de frustrar a ocorrência do ilícito são incorporados um conjunto de disciplinas, normas, políticas e regulamentos internos como ferramenta essencial a lograr êxito, as quais concorrem com as normas do ordenamento brasileiro, em busca de detectar ilícitos.

Emerge a necessidade do Compliance Subjetivo, logo, em virtude dos novos riscos e ameaças os quais afrontam a atividade empresarial na atualidade. Tais afrontas excedem o domínio do risco financeiro somente e adentra ao campo normativo-legal.

Em síntese, *Compliance* trás uma nova perspectiva à persecução criminal, a qual deixa de ser dever exclusivo do Estado e estende-se como obrigação ao particular.

CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES DE *COMPLIANCE* NA ADVOCACIA

Com a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, advinda pela Lei 12.683/2012, o advogado passou a ocupar posição de garante frente à prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, visto que embora não haja previsão expressa o profissional se enquadra na disposição do art. 9º, inc. XIV, devendo, desse modo, cumprir as regras de *compliance* dos art. 10 e 11 da mencionada lei.

Desta forma, o advogado ao atender ao cliente, em face das regras de *compliance* que o orientarão, sabendo, por meio de sua profissão, de atividade suspeita ou da ocorrência do ilícito, deve informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Como esclarece Rodrigo de Grandis, tal determinação foi influenciada pelo contexto normativo vigente no plano internacional, pois dado o caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro pouco resultado surtiria em sua persecução se inexistisse um esforço conjunto dos países em sua prevenção. No âmbito da Comunidade Europeia, entretanto, a Diretiva 2001/97, emitida pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, isenta, de plano, os profissionais forenses independentes, incluindo-se nestes o advogado. A diretiva excepciona tal previsão, entretanto, em seu Item 17, no caso em que o advogado participa diretamente no crime de lavagem de dinheiro, assim está disposto:

[...] sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da directiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas actividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais. (grifo nosso)

Em análise à luz da teoria da imputação objetiva, se o advogado se ocupar apenas de exercer sua atividade com fiel proteção às normas que norteiam sua profissão, seguindo todas as prescrições legais, o que decorrer disso, na concepção de Jakobs, não será responsabilidade do profissional. Por outro lado, se o advogado viola o seu papel passando a exercer a atividade em conjunto com o cliente será caso de participação, hipótese em que o advogado foge completamente da observância de seu papel social.

No caso das obrigações impostas pela lei de comunicar atividades suspeitas ao órgão competente (COAF), em um viés da imputação objetiva concebida por Jakobs, intenções e conhecimentos de quem realiza a contribuição são, nesse aspecto, irrelevantes, pois quem realiza algo dentro do socialmente adequado não responde independentemente de seu conhecimento. O que é diferente da participação, pois na participação, de fato, se o advogado contribui na realização do crime será partícipe deste, mas o mero conhecimento não o obriga a evitar o crime.

Pode ser que o conhecimento do crime pelo advogado e o seu consequente, não fazer algo a respeito, possa favorecer para a ocorrência do crime, mas o favorecer psíquico não gera responsabilidade, apenas no caso do favorecimento que se converte no próprio delito interveniente haverá imputação, nos demais casos haverá adequação social da conduta, segundo GuntherJakobs.

Na Alemanha, em julgamento mencionado por José Danilo Tavares Lobo, advogados criminalistas que receberam honorários sabendo de sua origem ilícita foram punidos não sendo acolhida a tese defensiva de ambos, como pode se analisar a seguir:

[...] no acórdão 2StR 513/00, de 04.07.2001, que tratou do julgamento de recurso de revisão contra condenação proferida pelo Tribunal Regional de Frankfurt de um par de advogados que recebera honorários advocatícios sabendo de sua origem ilícita, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) recusou as teses defensivas que argumentavam, fundamentalmente, em favor de uma interpretação restritiva do tipo de lavagem com base na adequação social e do reconhecimento de causa de justificação aplicável ao exercício da advocacia. O BGH expressou que, ao invés de garantir uma exceção aos advogados criminais, à lei, ao regular o crime de lavagem de dinheiro, buscou isolar o autor do crime antecedente. Contra esse entendimento, os condenados recorreram ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG). No julgamento das reclamações constitucionais 2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01, a 2.^a Turma do BVerfG declarou que a punição do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro é compatível com a Lei Fundamental alemã quando há o recebimento de honorários conhecendo-se de sua origem ilícita e assentou, também, a obrigação, desde a fase de investigação, dos órgãos de persecução criminal e dos Tribunais de verificarem a especial posição do advogado criminal diante da normativa do crime de

lavagem.

Jakobs, desse modo, adota como critério quanto à cumplicidade nas ações neutras o cumprimento do papel social do sujeito, o qual, como percebido no julgado alemão, é um critério não muito aceito. Luís Greco, por outro lado, entende que o critério a ser adotado deve ser o da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico*, o qual dispõe que os riscos criados por ações de cumplicidade só serão juridicamente desaprovados se essa ação dificultar de algum modo à prática do ilícito. Em outras palavras, se o autor puder conseguir a contribuição de outra fonte sem precisar revelar seu plano e sem que isso dificulte a lesão ao bem jurídico não haverá risco proibido ao advogado. Desse modo, com base no critério de Luís Greco, no julgado exposto acima o advogado poderia, em primeira análise, dificultar o delito comunicando a ocorrência do ilícito, no entanto, o cliente poderia obter o mesmo resultado consultando outro advogado e não lhe confidenciando a origem ilícita do dinheiro. Em linhas gerais, como o cliente pode realizar o crime de lavagem de dinheiro com a contribuição obtida de outro modo não existirá risco proibido por parte do advogado ao exercer sua função, na posição de Luís Greco.

Há um terceiro critério que considera o dever de solidariedade, baseado no pensamento sociológico de Émile Durkheim. Segundo essa corrente, a participação criminal pode ser analisada em dois limites: máximo, ou para cima, e mínimo, ou para baixo. No máximo, analisar-se-á a diferença entre autoria e participação, enquanto que no mínimo, analisar-se-á a fronteira entre participação e impunidade. Sendo que as ações neutras se inserem neste segundo limite, o mínimo. De modo que a solução apresentada, pelo critério do dever de solidariedade, consiste na aplicação da teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, consistindo na máxima de que o desvalor da ação está na falta da solidariedade, ou seja, “no agir ou omitir de modo a permitir que o resultado seja evitado de alguma maneira”, sendo esse o elemento de coesão da sociedade.

No Brasil, há grande empenho entre os advogados e doutrinadores na tese defensiva de que se trataria o papel do advogado de ação neutra no âmbito da realização do crime pelo cliente. Aderindo, desse modo, ao critério proposto por Luís Greco. Corroborando esse entendimento Heloisa Estellita afirma que “uma das formas de afastar a imputação objetiva da lavagem ao advogado nesses casos é estabelecer o mais claramente possível o âmbito do risco permitido”, pois as determinações estabelecidas pela lei de lavagem são ações neutras inerentes à advocacia, ou seja, rotineiras, mas que podem influir em participação no crime de outrem.

Desse modo, a obrigatoriedade de certos deveres ao advogado, no que concerne ao conhecimento de ilícito quando do atendimento de seu cliente, colide com seu dever de sigilo. Sendo que o artigo 133 da Constituição Federal prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Nesse sentido, o advogado que atua na defesa de seu constituinte não pode ser obrigado a comunicar os fatos que tomou conhecimento em sua atuação. Conforme disse Nilo Batista:

Um advogado não pode ser compelido a prestar declarações sobre seu cliente, assim como um psicanalista ou confessor têm que manter sigilo sobre as confissões que ouve. Só na Alemanha nazista e no Brasil contemporâneo, há policiais que querem isso.

Assim, sob a ótica da teoria da imputação objetiva, o advogado possui ação neutra quando conhece de fatos na defesa de seu constituinte não devendo haver imputação de crime por observância aos direitos e garantias inerentes a sua atividade profissional. Não fosse assim, não existiria mais defesa.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs em 2012 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841, a qual tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade dos deveres de *compliance* impostos aos advogados pela lei de lavagem de dinheiro, a ADIN teve o seguinte relatório:

Papel Institucional da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos Advogados Brasileiros. Dever de Sigilo que protege os advogados e, principalmente, a sociedade, por ser garantia essencial ao direito de defesa de todos os cidadãos. A democracia requer que o direito de defesa de seus cidadãos seja sempre prestigiado. Dever de sigilo é inerente à profissão de advogado e está resguardado pela Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Estatuto do Advogado, Lei Federal 8.906/94. Cabimento e pertinência de ação direta de inconstitucionalidade para, dando interpretação conforme aos dispositivos da nova Lei de Lavagem, declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que estenda aos advogados as obrigações contidas na Lei 9.683/12 impondo-lhes o dever de delatar seus clientes ou de expor informações que tenha tomado conhecimento no exercício da advocacia judicial, consultiva ou de arbitragem.

A Procuradoria-Geral da República enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal defendendo a constitucionalidade das obrigações de *compliance* aos advogados, sob o argumento de que tal imposição não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A ADIN

tem como Relator o Ministro Celso de Mello e ainda esta aguardando para julgamento, o qual será de incomensurável importância, já que, se improcedente, inegáveis direitos estarão sendo violados.

O dever de sigilo é inerente à atividade da advocacia e exigir do advogado que quebre esse dever é na própria prevenção se criar um ilícito. O sistema de *compliance* é por deveras positivo, porém inconciliável com a advocacia.

CONCLUSÃO

Em face ao desenvolvimento dos crimes na atualidade, o Direito Penal busca novas estratégias a fim de proteger, a todo custo, o bem juridicamente tutelado. A Lei de lavagem de Dinheiro, com as alterações imputadas pela Lei 12.683/2012, traz maior amplitude ao instituto do *criminal compliance* que, por sua vez, é mais uma dinâmica garantista frente a persecução criminal com tendência global de aplicabilidade, quanto mais ao se tratar de delitos financeiros com traços transnacionais.

A investigação, contudo, não pode ofender princípios basilares do sistema jurídico brasileiro. A exigência de que advogados estejam sujeitos às normas de *compliance* implica em uma quebra do elo fundamental de confiança entre cliente e profissional, abalando de forma geral todo o sistema jurídico, visto que desestabiliza a igualdade entre as partes.

Ademais, a função da advocacia, conforme previsto no artigo 133 da Constituição Federal, é indispensável à administração da justiça, ou seja, impor o dever de informar dados e atos de seu cliente, é desestruturar a tudo quanto se conceba no conceito de Justiça. Configurando-se tal ato em cerceamento de defesa, ferindo a proporcionalidade e razoabilidade do *mister* da advocacia, sendo, por isso, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

BRASIL. **DIRETIVA 2001/97**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>> Acesso em: 23 mar. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **“Criminal compliance” e a ética empresarial**: novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Núria Fabris Ed.,

2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASTRO, Rafael Guedes de, ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207> Acesso em: 10 jun. 2015.

ESTELLITA, Heloisa. **Lavagem de Capitais, exercício da advocacia e riscos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco> Acesso em: 23 mar. 2015.

FEBRABAN. **ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DE COMPLIANCE.** Disponível em: http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=324&id_pagina=81&palavra=compliance Acesso em: 13 jun. 2015

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **CRIMINAL COMPLIANCE, LAVAGEM DE DINHEIRO E O PROCESSO DE RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE: CULTURA DO CONTROLE E POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=15> Acesso em: 10 jun. 2015.

291

GRANDIS, Rodrigo de. **Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal.** 5º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

LOBO, José Danilo Tavares. **Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro.** Disponível em: http://www.academia.edu/6849533/Notas_acerca_do_problema_advocacia_e_lavagem_de_dinheiro Acesso em: 22 mar. 2015.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20danil%20rassi Acesso em: 23 mar. 2015.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO.** Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf> Acesso em: 10 mai 2015.

CRÍTICAS À SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ana Carolina Belleze SILVA¹⁰⁹
Ana Cláudia Ribeiro TAVARES¹¹⁰

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa dedica-se à análise dos reflexos da falta disciplinar na execução da pena privativa bem como da publicação da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça. Verifica-se nos últimos anos um enrijecimento do tratamento penitenciário no que se refere às faltas disciplinares e suas consequências na execução penal. No entanto, ao lado da necessidade do Estado de controle social, estão os condenados que, apesar de sua situação jurídica, continuam merecedores de todos os direitos e garantias fundamentais, embora com a liberdade de locomoção tolhida. Um dos principais reflexos da falta disciplinar de natureza grave no processo de execução é a interrupção do lapso temporal para a progressão de regime prisional, entendimento jurisprudencial agora cristalizado com a publicação da Súmula 534, o que implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto. O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre o princípio constitucional da legalidade, do qual decorre a proibição de analogia *in malam partem*, defendendo a posição de que não se pode determinar a interrupção do lapso temporal pela falta grave, quando cometida em regime fechado, pois altera a disciplina legal do sistema progressivo em prejuízo do condenado. Pretende-se, então, demonstrar que o entendimento sumulado do STJ, a despeito dos inúmeros julgados que o embasaram, não se mostra adequado ao princípio da legalidade, que deve orientar a aplicação da pena privativa de liberdade.

292

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Faltas disciplinares. Progressão de regime. Interrupção no lapso temporal.

ABSTRACT

This research work is dedicated to analyse consequences of disciplinary offense at sentence's execution and the publication of Superior Court of Justice's Precedent 534. It is found in recent years, a stiffening of the penitentiary treatment in regard to disciplinary offenses and their consequences in criminal enforcement. However, alongside State's need of social control, are the convicts who, despite their legal status, still deserve all rights and guarantees, but with hampered freedom of mobility. One of the main consequences of serious nature disciplinary offense in execution process is to interrupt the time span for prison progression regime, jurisprudential understanding now crystallized with the publication of Precedent 534, which implies increasing time required to be promoted to semi-open regime. The objective was to discuss the constitutional principle of legality, which stems from the prohibition of analogy in *malam partem*, defending the position that one can not determine the interruption of the time lapse by serious

¹⁰⁹ Estudante de Pós-graduação – UNIVEM.

¹¹⁰ Estudante de Pós-graduação – UNIVEM.

misconduct when committed in a closed regime, because it changes the legal system of progressive discipline, against convicts. The intention is to then demonstrate that Supreme Court's understanding, despite numerous decisions in this regard, is not adequate to the principle of legality, which should guide the implementation of the sentence of imprisonment.

KEYWORDS: Criminal enforcement. Disciplinary offenses. Regime progression. Interruption in the time lapse.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, no dia 15 de junho de 2015, publicou novas Súmulas, sendo que as de número 533 a 535 tratam do cometimento de falta disciplinar de natureza grave no âmbito da execução penal.

Merece atenção especial a Súmula 534, com o seguinte enunciado: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.”

A discussão a respeito das consequências da prática de falta grave pelos condenados à pena privativa de liberdade já é antiga, tendo o STJ, em 13 de maio de 2010, publicado a Súmula 441, que dispõe que: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.”

Infelizmente, a aprovação da Súmula 534 vem consolidar uma situação de violação ao princípio da legalidade na execução penal, pois não há na legislação previsão que autorize esse entendimento.

A Súmula 533 é no sentido de que o procedimento que apura a falta disciplinar deve ser acompanhado por advogado e, para sanar dúvidas, foi também aprovada a Súmula 535 que estabelece que: “A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.”

Para se entender as razões da aprovação da Súmula 534, necessária uma análise da Lei de Execuções Penais quando trata das faltas disciplinares e dos requisitos para a progressão de regime, bem como a observância dos princípios constitucionais penais.

O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre a Súmula 534 do STJ e a possível violação ao princípio da legalidade, que deve ser aplicado na execução penal, bem como analisar a lei de execuções penais no que se refere às faltas disciplinares cometidas pelos sentenciados, abordando

os reflexos das sanções disciplinares no processo de execução, sob a ótica da legislação e jurisprudência nacional.

Devido à natureza do tema, a investigação foi essencialmente em caráter bibliográfico, desde artigos doutrinários, livros, monografias, coletâneas legislativas e jurisprudenciais, periódicos especializados, visando uma análise qualitativa dos fatos referentes à legislação brasileira no que se refere à Execução Penal e às consequências das faltas disciplinares no interior dos estabelecimentos prisionais, utilizando-se de método dedutivo, analisando-se as informações obtidas através de pesquisas, bem como o método comparativo, que servirá para aferir posições doutrinárias divergentes.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

Princípios são fontes formais do direito, sendo considerados normas jurídicas e, no Direito Penal e Execução Penal, servem como limitação ao poder punitivo estatal. Em decorrência do Estado Social e Democrático de Direito, os princípios, explícitos ou implícitos na Constituição Federal de 1988, orientam o legislador com a observância dos direitos humanos. (BITENCOURT, 2011, p. 40).

294

Como ensina André Estefam (2010, p. 108-110), existe distinção entre princípios e regras jurídicas, sendo que, hierarquicamente, os princípios são superiores às regras, pois constituem sua base e sua *ratio*. Esclarece que, no confronto entre uma regra e um princípio, este deve prevalecer, pois os princípios fixam padrões de justiça.

Assevera, ainda, quanto aos princípios que “Eles possuem uma eficácia impeditiva de retrocesso: uma vez sendo dada execução a uma norma constitucional, o legislador não pode voltar atrás.” (ESTEFAM, 2010, p. 110).

Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor (2006, p. 10), discorrendo sobre os princípios constitucionais na execução penal, esclarecem que a Constituição prevê no extenso artigo 5º vários princípios penais e processuais penais fundamentais limitadores do *jus puniendi* e que todos eles são aplicáveis à execução penal, aduzindo que:

São fundamentais, portanto, na execução penal, haja vista que os princípios, enquanto valores fundamentais que informam a Constituição, não são apenas a lei, mas o próprio direito, em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

Embora existam outros princípios relativos ao Direito Penal e Processual Penal, cita-se aqui apenas o princípio da legalidade e seus desdobramentos.

O Princípio da legalidade ou da reserva legal é, sem dúvida, o mais importante dos princípios penais. Encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIX, que dispõe que: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Do mesmo modo, estabelece o artigo 1º do Código Penal que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Em se tratando de incriminar condutas, serve o princípio da legalidade como verdadeira garantia do cidadão frente ao Estado.

Ensina Bitencourt (2011, p. 41) que:

a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

295

Na execução penal, o princípio da legalidade também deve ser observado. Segundo André Estefam (2010, p. 116):

o princípio da legalidade há de ter estrita observância durante a fase de execução da pena. Afinal de contas, durante este importante período da persecução penal, o Estado satisfaz sua pretensão executória, impondo ao agente a pena aplicada. Não se poderia admitir que, depois de imposta a pena, pudesse o agente sofrer qualquer agravamento da execução penal sem a correspondente previsão em lei.

Espancando qualquer dúvida a esse respeito, a Lei de Execução Penal, editada em 11 de julho de 1984, adotou essa orientação, como consta na exposição de motivos, item 19, onde se vê que: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Luiz Luisi (2003, p. 17-26) ensina que o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: o da reserva legal, da determinação taxativa (ou taxatividade) e o da irretroatividade.

De maneira pouco diversa, André Estefam (2010, p. 112) entende que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) lei

escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*); c) proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*).” Esta será a classificação que será usada para melhor explicar o princípio da legalidade.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

A necessidade de ser a lei incriminadora anterior ao fato é a decorrência lógica da legalidade. Fragoso (1985, p. 94) assevera que a anterioridade prevista no artigo 1º do Código Penal é “relativa ao fato e não ao julgamento, como é óbvio.” Á época, vigorava a Constituição de 1934, que fazia expressa referência, em seu artigo 113, §26, à anterioridade do fato: “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei *anterior ao fato*, e na forma por ela prescrita”.

Do mesmo modo, André Estefam (2010, p. 112) aduz que “de nada adiantaria assegurar que o direito penal se fundamenta na lei, caso esta pudesse ser elaborada *ex post facto*, isto é, depois do cometimento do fato.”Decorrência deste princípio é a irretroatividade da lei penal prejudicial.

296

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Por este princípio, diz-se que é necessária lei em sentido formal. Deste modo, o direito costumeiro e a analogia são vedados no Direito Penal, exceto quando se trata de benefício para o réu, como por exemplo, para normas permissivas.

Luiz Luisi (2003, p. 21) relata que “o postulado da Reserva Legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo”.

A exigência de lei em sentido formal implica em só se permitir criminalização de condutas por lei complementar ou lei ordinária. Assim, não seriam possíveis normas incriminadoras através de resolução ou decreto legislativo. (ESTEFAM, 2010, p. 113).

O instituto da reserva legal dá ao cidadão a garantia de que o mesmo só será processado e julgado por fatos previamente definidos em lei como crimes.

Luiz Luisi (2003, p. 22-23), com propriedade ímpar, aduz que “um problema de indisfarçável relevância é o relativo à incidência do postulado da Reserva Legal nas normas disciplinadoras da execução da pena”. E, analisando a Constituição Federal de 1988, que trata de

diversos aspectos concernentes ao cumprimento da pena, assevera que “todas essas indicações constitucionais estão a evidenciar que, por força de imperativos constitucionais, o postulado da Reserva Legal também atinge a execução das penas”.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

Analogia é forma de aplicação da norma legal, quando existem lacunas no ordenamento jurídico. Diante da constante transformação da sociedade, o direito é por natureza lacunoso.

De acordo com Bitencourt (2011, p. 178), “analogia é processo que pretende cobrir essa lacuna, não criando uma nova lei, mas aplicando lei que discipline casos semelhantes”.

Ocorre que, em se tratando de norma penal incriminadora, não é possível o uso de analogia, que só se admite quando usada *in bonam partem*. Não se pode, num Estado Democrático de Direito, violar a reserva legal agravando, de qualquer modo, a situação do indivíduo. Como ressaltado por André Estefam (2010, p. 112), “a vedação atinge somente a analogia *in malam partem*, isto é, aquela prejudicial ao agente, por criar ilícito penal ou agravar a punição dos já existentes.”

José Frederico Marques (1997, p. 183) ensina que decorre da legalidade “o ilícito ser descontínuo e delimitado às hipóteses previstas na lei, pelo que não é possível a construção dogmática de figuras criminosas mediante a analogia”

Utiliza-se da analogia para, por exemplo, interromper o lapso temporal da progressão ao sentenciado que comete falta disciplinar em regime fechado, por analogia aos casos de regressão de regime, como se verá adiante.

PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Pela taxatividade exige-se que a lei seja a mais clara possível, simples e de fácil entendimento, não permitindo várias interpretações ou lacunas. Assim, não pode haver leis penais de conteúdo impreciso ou vago.

Esclarece Estefam (2010, p. 114) que “A lei penal deve ser determinada em seu conteúdo. Não se permite a construção de tipos penais excessivamente genéricos, os quais são denominados *tipos penais vagos*”.

Luisi (2003, p. 24) explica que:

[...] o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadoras, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmos contrastantes entendimentos. [...] Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessária, e indispensável para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei¹¹¹.

Na execução penal, pode-se dizer que as faltas disciplinares deveriam ser taxativas. Em se tratando de falta disciplinar de natureza grave, não há dúvidas de que o rol do artigo 50 da LEP é taxativo. No entanto, algumas das expressões lá utilizadas, como “incitar ou participar de movimento para subversão a ordem ou a disciplina” (inciso I), possuem conteúdo vago ou amplo.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

A irretroatividade da lei penal também decorre da legalidade, uma vez que condutas que criam delitos ou, de algum modo, prejudiquem o réu, só poderão ter aplicabilidade quando anteriores ao fato.

Deste modo, como ensina Luisi (2003, p. 26), expressa a reserva legal a “exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores”.

Pela Constituição Federal, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (artigo 5º, XL).

Quanto a esse dispositivo, Luisi (2003, p. 29) aduz que:

A atual Constituição brasileira merece encômios por ter disposto de forma clara a retroatividade quando beneficia ao réu. Isto importa que sempre a lei penal retroage quando em favor do réu, ainda quando haja sentença com trânsito em Julgado.

111 LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Sérgio Antônio Fabris Editor. Editora Sete Mares, Porto Alegre 1991, p.18.

Sobre a retroatividade benéfica, dispõe a LEP que compete ao juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado (artigo 66, I). Em caso de alteração legislativa que prejudique o sentenciado, deve ser observada a irretroatividade.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com a lei dos crimes hediondos. Só puderam ser considerados hediondos os crimes cometidos após a entrada em vigor da lei.

Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor (2006, p. 16-17) entendem que o princípio deve ser aplicado na execução, pois deve ser preservado o caráter garantidor do princípio da legalidade e observam ser na execução da pena que se verifica, ordinariamente, maior déficit de proteção jurídica. Para estes autores, não seria possível a submissão ao regime disciplinar diferenciado de sentenciado que tivesse cometido o crime antes da edição da Lei 10.709/2003.

A aplicação retroativa de uma norma penal mais severa tornaria inócuo o princípio da legalidade.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

Adotado o sistema progressivo na reforma penal de 1984, verifica-se que no Código Penal as disposições sobre os regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto) e na LEP as disposições sobre a progressão e regressão de regime.

Assim, determinam os artigos 33 a 36 do Código Penal as regras de fixação do regime inicial de cumprimento da pena por ocasião da sentença condenatória, bem como as regras básicas dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Por progressão entende-se a possibilidade de o condenado, após o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo, ser transferido de um regime mais severo para um regime mais brando (artigo 112 da LEP). Haverá regressão quando o condenado for transferido de um regime mais brando para qualquer dos regimes mais severos (artigo 118 da LEP).

Por meio do sistema progressivo, visa-se preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao condenado uma crescente dose de responsabilidade.

Estando preso em regime fechado, o sentenciado deverá cumprir os requisitos para a progressão e passar a cumprir pena em regime semiaberto. Após cumprir novamente os requisitos, poderá pleitear nova progressão, desta vez para o regime aberto. Por estabelecer o artigo 112 da LEP que o condenado deverá cumprir “ao menos um sexto no regime anterior”, entende-se que a progressão por saltos é vedada. A progressão deve ser executada de forma

progressiva, com a transferência para o regime imediato menos rigoroso, não sendo possível progredir diretamente do regime fechado para o regime aberto.

REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO

De acordo com o artigo 112 da LEP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.792/2003:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

De acordo com esse artigo, o condenado deverá cumprir os requisitos objetivo e subjetivo. No entanto, este não é o único dispositivo legal a ser observado.

Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, deve ser aplicado o lapso temporal previsto na Lei 8.072/90, que estabelece em seu artigo 2º, §2º que a progressão “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

Sendo assim, é requisito objetivo o cumprimento de 1/6 para os crimes comuns, 2/5, para os crimes hediondos, se primário, ou 3/5, em crimes hediondos se reincidentes, de acordo com a Lei 11.464, de 28 de março de 2007.

Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, nos termos da Súmula 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.”. Veja-se, ainda, a Súmula Vinculante nº 26 do STF, que determina ao juiz que observe a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º da Lei 8078/90.

Quanto ao requisito subjetivo, exige a lei que o preso tenha bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Até 2003, constava no artigo 112 que o preso deveria ter “mérito”, e que a decisão seria precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

De qualquer forma, estabelece a lei que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário, que se demonstra pela ausência de falta disciplinar.

A INTERRUPÇÃO DO LAPSO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

Embora há muitos anos existam julgados aplicando a tese de que a falta grave interrompe o lapso temporal da progressão, é certo que esse entendimento foi ganhando adeptos com o passar dos anos e, evidentemente, como forma de aumentar o rigor no sistema progressivo.

Isto porque, em se tratando de um crime comum, bastaria ao sentenciado apresentar bom comportamento carcerário – atestado pelo diretor – e cumprir 1/6 da pena imposta para progredir ao regime semiaberto. Mas é exatamente o que diz a Lei. São estes os requisitos legais. Assim, não sendo mais obrigatório o exame criminológico para aferir o mérito, utiliza-se a prática de falta disciplinar como fundamento para impedir a progressão de regime.

Outro problema sério no sistema progressivo é a ausência de vagas em estabelecimentos adequados ao cumprimento do regime semiaberto. Na maioria dos Estados, não há vagas em estabelecimentos adequados e, por essa razão, ou o condenado permanece no regime fechado por vários meses aguardando sua remoção, em flagrante constrangimento ilegal, ou aguarda a vaga em regime aberto.

Ressalte-se que a terceira fase da progressão de regime praticamente inexistente. Isto é, o regime aberto deveria ser cumprido em casas do albergado, nos termos do artigo 93 da LEP. Ocorre que, salvo engano, atualmente no Brasil não há notícia da existência deste tipo de estabelecimento. Assim, o regime aberto acaba sendo cumprido em prisão albergue domiciliar, o chamado PAD.

Chega a ser uma incoerência, pois há tanto rigor no cumprimento das penas nos regimes fechado e semiaberto e, na última etapa, o Estado se omite completamente. Talvez por isso, aqueles que pregam o rigor das penas, tentam a todo custo dificultar a progressão de regime. No entanto, o condenado não pode ser privado dos seus direitos pela ineficácia do Estado.

Como já mencionado, além de bom comportamento carcerário, o sentenciado precisa cumprir o requisito objetivo para a progressão de regime. De acordo com o artigo 112 da LEP, caberá a transferência para regime menos rigoroso quando o sentenciado “cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior”. No caso de crimes hediondos ou equiparados, este lapso temporal está previsto na Lei 8.072/90 em 2/5 ou 3/5, como já explicado.

Por outro lado, estabelece o artigo 118, I, da LEP que, o condenado que cometer faltagraveestará sujeito à regressão, com a transferência para regime mais rigoroso.

Assim, a falta grave, indiscutivelmente implica na regressão de regime, ou seja, poderá o sentenciado, estando no regime aberto ou semiaberto ser transferido para o regime semiaberto ou fechado. Em razão da regressão, em caso de nova progressão, necessariamente deverá cumprir novo lapso temporal no regime anterior, isto é, aquele para o qual foi regredido (porque deve cumprir ao menos um sexto no regime anterior), sendo computado o lapso para nova progressão pelo tempo restante de pena após a prática da falta grave.

O que ocorre é que, caso o condenado pratique falta disciplinar no regime fechado, não haveria, pela lei, transferência para regime mais rigoroso, pela ausência de tal regime. Por essa razão, passou-se a entender que para estes casos deveria também ser exigida nova contagem do lapso temporal.

Nesse sentido, decidiu a Quarta Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em 01 de julho de 1997, nos autos do agravo em execução nº 221.468-3/8, cujo relator foi o Desembargador Bittencourt Rodrigues, que:

Se o condenado, que praticar falta grave, estiver no regime fechado, não se podendo fazê-lo regredir para o regime mais severo, inexistente, sujeitar-se-á ao efeito secundário da regressão, ou seja, à interrupção do tempo, para efeito de progressão, devendo cumprir mais um sexto do restante da pena a partir da falta grave, para obtê-la.

302

Verifica-se que prevalece a corrente doutrinária e jurisprudencial, agora referendada pela Súmula do STJ, no sentido de que a prática de falta disciplinar interrompe o lapso temporal dos benefícios na execução, o que implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto.

Para Renato Marcão (2013, p. 169), a prática de falta grave afeta tanto o requisito subjetivo como o objetivo da progressão de regime. Segundo este autor, “cometida a falta grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se a partir de tal data a nova contagem de fração de pena exigida como requisito objetivo da progressão”.

Do mesmo modo, André Estefam (2010, p. 309) ensina que “caso o condenado cometa falta grave, perderá o tempo de pena cumprido para fins de contagem no tempo mínimo para futura progressão, isto é, será reiniciada a contagem de um sexto da pena, a partir do cometimento da falta grave”. No mesmo sentido é a posição de Mirabete (2002, p. 382).

kuehne (2006, p. 155-146), em nota ao artigo 50 da LEP, cita diversos julgados onde se vê que predomina o entendimento de que a falta grave, ainda que cometida no regime fechado,

interrompe o lapso temporal do semiaberto. No entanto, cita julgado do Tribunal de Justiça do Paraná (RT 630/330) no sentido de que:

A falta grave, inserta no conceito de comportamento (requisito subjetivo), pode ou não prejudicar o merecimento da progressão de regime. Não modifica, porém, o requisito objetivo do tempo (pelo menos 1/6), da pena cumprida, como se fora anômala causa interruptiva ou de perda, que a Lei de Execução Penal não deixaria de prever, informada como está pelo princípio da legalidade.

Em julgado proferido em 02.07.2013, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do agravo nº 0070298-66.2013.8.26.0000, cujo relator foi o Desembargador Ruy Alberto Leme Cavaleiro, decidiu-se que em razão da nova redação dada ao artigo 127 da LEP, nova contagem se faz necessária a fim de punir o sentenciado, dando resposta à sua transgressão, com relação à progressão de regime. O relator fez uma analogia ao artigo 127, que determina o recomeço da contagem do tempo remido a partir da falta disciplinar, fazendo a seguinte fundamentação:

Ademais, o fato de ter sido o reeducando punido por falta grave, revela que tem personalidade não ajustada ao convívio social, logo não está pronto para voltar a viver em sociedade. A interrupção do lapso temporal serve, justamente, para evitar que os sentenciados voltem a praticar novas faltas e, não dar resposta à sua transgressão, seria “premia-lo” e não é este o espírito da lei.

303

Respeitando a opinião do julgador, com ela não se pode concordar de modo algum. O sentenciado, ao ser condenado administrativamente pela falta disciplinar, foi devidamente punido, nos termos do que determina a LEP, ou seja, sofreu ele a punição de 30 dias de isolamento celular, a suspensão ou restrição dos direitos previstos nos incisos V, X e XV do artigo 41 e, o mais severo deles, que é a determinação de prazo para reabilitar a conduta. No Estado de São Paulo, de acordo com o Regimento Interno Padrão dos estabelecimentos prisionais, o condenado reabilita sua conduta 12 meses após o cumprimento do isolamento celular. Ou seja, praticada uma falta disciplinar, o sentenciado só terá boa conduta carcerária 13 meses após o fato. Antes disso, não terá presente o requisito subjetivo para pleitear a progressão de regime, posto que o atestado do diretor será de “mau” comportamento carcerário.

A interrupção, tal como pregada por Renato Marcão, Mirabete, André Estefam e em vários julgados, não encontra amparo legal, tratando-se de entendimento obtido por analogia *in malam partem* ao artigo 118 da LEP.

Por se discordar deste posicionamento, serão apresentados argumentos para fundamentar a impossibilidade de interrupção.

Como já mencionado, o requisito objetivo exigido pela LEP é o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, nos termos do artigo 112 ou, no caso de crimes hediondos ou equiparados, deverá o condenado cumprir 2/5 (dois quintos) da pena, se primário ou (3/5) se reincidente.

A interrupção somente ocorreria para os casos de regressão, diante a imposição legal de cumprimento da pena no regime anterior ao que se pretende progredir.

Estando o sentenciado em regime fechado, e não havendo regressão, qualquer outro efeito que se queira dar à falta disciplinar além do prejuízo no requisito subjetivo (o sentenciado terá mau comportamento carcerário enquanto não reabilitar sua conduta), será ilegal.

Não prevê a LEP expressamente a interrupção em caso de falta e, como se devem observar na execução os princípios da legalidade, taxatividade e impossibilidade de analogia *in malam partem*, seria impossível a interrupção.

Como asseverado pelo Desembargador Antônio Luiz Pires Neto, nos autos do agravo em execução nº 0251770-34.2012.8.26.0000, julgado em 25.03.2013, pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, não é lícito ao juiz da execução inovar além do que é expresso no artigo 112. Isto é, “à falta de expressa determinação legal, não há como admitir-se, em prejuízo do reeducando, a imposição de condições outras que não aquelas previstas em lei para o deferimento da progressão”.

Nesse sentido foi o entendimento do Ministro Paulo Gallotti, nos autos do *Habeas Corpus* nº 63.874/MS, julgado em 17.04.2008 pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “o cometimento de falta grave não interrompe a contagem do prazo para a concessão de benefícios, efeito secundário da regressão de regime, quando, diante das particularidades do caso concreto, o sentenciado é mantido no regime em que se encontrava”.

Vários dos precedentes citados em julgados do STF e STJ se referem à possibilidade de interrupção do lapso para a progressão quando há fuga ou outra falta pelo condenado que lhe ocasione a regressão. Neste ponto não se discorda. O que não se pode é usar de analogia aos casos de regressão ao caso de falta no regime fechado, como se tem feito ao longo dos anos.

Outro ponto que deveria ser considerado é justamente o contexto das punições por faltas disciplinares (nem sempre justamente aplicadas) e a atual sistemática para a expedição de um

atestado de bom comportamento carcerário, como já mencionado. No Estado de São Paulo, o preso que pratica uma falta grave, terá um ano de mau comportamento. Se cometer outra falta antes de reabilitar a primeira, esse prazo subirá para dois anos. Isto já é punição mais que suficiente para a indisciplina.

Acrescentar a interrupção do lapso temporal fere, inclusive, o princípio da proporcionalidade, uma vez que agrava severamente a pena imposta na condenação.

Além disso, em um mesmo episódio, em que dois presos estejam envolvidos, aquele com a pena maior será mais prejudicado pela sanção administrativa, pois terá maior tempo de pena a cumprir.

Ainda, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico de drogas (grande parte dos presos atualmente é de traficantes), com esse entendimento, teria que cumprir 2/5 ou 3/5 do restante da pena, o que pode inviabilizar a progressão de regime.

Não se defende aqui a falta de punição para a indisciplina, mas que essa indisciplina seja levada em conta por ocasião da análise do mérito do condenado. Juntamente com o exame criminológico, o próprio histórico prisional serve para o juiz verificar o requisito subjetivo. Poderá então, analisando o caso em concreto, o tipo de falta cometida, a gravidade real da situação, indeferir o benefício sob o argumento de que o condenado não se encontra preparado para vivenciar o regime intermediário.

Do contrário, qualquer que seja a conduta indisciplinada, criar-se-á um sério óbice à progressão. Vários são os casos em que a gravidade da falta é duvidosa e que o condenado se sente injustiçado. Ou, ainda, casos em que a autoria não ficou devidamente comprovada (v.g., quando há punição de muitos sentenciados no mesmo procedimento sem individualização da conduta).

Além do mais, o preso foi punido administrativamente, com 30 dias de isolamento celular e as demais sanções disciplinares. Determinar o reinício do lapso para o semiaberto seria puni-lo novamente pelo mesmo fato.

Schmidt (2007, p. 206) assevera que “a prática de uma falta disciplinar não pode continuar ensejando outras punições indiretas além da própria sanção disciplinar, numa espécie de bombardeio repressivo estatal contra um mesmo fato praticado”. Estar-se-ia ferindo o princípio da proporcionalidade. E completa: “O que não se pode é tolerar que uma imensa gama

de sanções sejam aplicadas a pretexto de, somadas, atingirem a suposta finalidade ressocializadora”.

Com isso, o objetivo de reinserção social fica cada vez mais distante, pois cria (ou aumenta) nos sentenciados um sentimento de revolta contra o Estado, ao ver perpetrar no interior do cárcere a injustiça que viviam quando em liberdade. Indiscutivelmente, a grande maioria dos presos é considerada pobre na acepção jurídica do termo e, de fato, foram vítimas de um Estado que se diz assistencialista, mas que marginaliza os menos favorecidos socialmente.

OS DEVERES DOS PRESOS E A PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

O principal dever do preso é o cumprimento da sanção penal imposta na sentença condenatória. Daí decorre a perda da sua liberdade de locomoção.

Estabelece o artigo 39 da LEP um rol de deveres do condenado, verificando-se que se busca a reinserção social do preso, nos moldes do que dispõe o artigo 1º, no sentido de que a execução penal deve proporcionar a harmônica integração social do condenado. Para a LEP, estes são os valores que se espera de um cidadão socializado: comportamento disciplinado, obediência, urbanidade, trabalho e higiene.

Schmidt (2007, p. 265) ressalta que:

somente podem ser determinados deveres aos presos em situações em que uma conduta exteriorizada lese, ou detenha a possibilidade de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer, não sendo mais admissível, constitucionalmente, tolerarmos uma punição disciplinar em razão de a personalidade do preso não se adequar a princípios éticos-sociais.

Por outro lado, a violação dos deveres implicará em consequências ao condenado, estabelecendo a LEP a previsão de faltas disciplinares de natureza leve, média e grave.

Não só a lei determina o modo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Devem ser observadas pelos sentenciados as normas da administração penitenciária, muitas vezes determinadas por resoluções ou portarias.

Com isso, pretende-se que o condenado se conforme ao sistema prisional, exigindo-se que sua conduta seja nos termos do que lhe é determinado.

Christiane Russomano Freire (2005, p. 95) salienta que a atividade do sistema de punições e recompensas na execução penal está relacionada com a moldagem da personalidade dos sujeitos, ou seja, a despersonalização. Para ela:

A natureza dos comportamentos etiquetados como faltas disciplinares evidencia, num primeiro olhar, o grau de ingerência dos dispositivos de vigilância na vida dos sujeitos encarcerados. A lógica do sistema prevê inicialmente a desconstrução da identidade do indivíduo que, desde o momento que adentra a instituição, vai ser despido das características mais elementares de sua personalidade. Opera-se uma verdadeira infantilização do sujeito, retirando-lhe o arbítrio sobre os mais insignificantes atos da vida adulta. A organização do tempo, do espaço, das atividades, somada à identificação de qualquer tipo de manifestação com subversão da ordem, relegam-no, mesmo que simbolicamente, à condição de incapaz.

Observando-se o rol das faltas de natureza grave previsto no artigo 50 da LEP, verifica-se que pouco sobra de liberdade para o indivíduo encarcerado, que não tem outra alternativa a não ser “prisionalizar-se” para sobreviver ao sistema. Assim, terá bom comportamento carcerário aquele que conseguir se adaptar às normas disciplinares sem demonstrar nenhum tipo de indignação.

Para quem vivencia o regime prisional, seja trabalhando no interior das unidades prisionais, seja tendo contato direto com os processos de execução, fica fácil observar que os sentenciados precisam se conformar com as regras que lhes são impostas e, sempre que se mostram indignados, são punidos administrativamente. Não se trata de defender a ideia de que os presos podem escolher como irão cumprir a pena que lhes foi imposta, mas sim uma constatação de que o controle disciplinar interfere gravemente na execução da pena e, por vezes, acaba por flexibilizar os direitos do condenado.

Freire (2005, p. 105) aduz que:

o que se visualiza no universo prisional é que os dispositivos disciplinares, ao estabelecerem uma envolvente rede coercitiva, baseada em múltiplas regras ativamente impostas aos condenados, não apenas afrontam grosseiramente os direitos e garantias individuais dos condenados, mas, de forma subliminar violam a perspectiva ressocializadora, retroalimentando o sistema penal.

Uma vez que o bom comportamento carcerário é requisito para quase todos os benefícios previstos na LEP, a sanção disciplinar retira do condenado a possibilidade de atenuar seu tempo no cárcere ou de cumpri-lo de forma menos severa.

Para Schmidt (2007, p. 217):

Toda a disciplina carcerária deve restar legitimada em atenção à garantia de que uma infração disciplinar só possa ser considerada válida nos casos em que uma

conduta exterior (mas não qualquer conduta exterior) ofenda garantias fundamentais de outros cidadãos.

No entanto, o que se verifica é que vários comportamentos são tidos como infração disciplinar sem que os mesmos tenham qualquer repercussão ou ofensa ao estabelecimento prisional.

Observando o princípio da legalidade, é certo que o rol do artigo 50 da LEP é taxativo e não pode ser ampliado pelo intérprete. Também não pode a administração, como em várias oportunidades já se viu estabelecer casos de falta grave que ali não estão previstas.

Mirabete (2002, p. 141) ensina que:

como a Lei de Execução Penal prevê em *números clausus* as condutas que poderão identificar faltas graves por parte dos condenados e presos provisórios, não pode a lei local ou mero regulamento administrativo tipificar como tais outras condutas. Estas somente poderão ser consideradas como faltas médias ou leves quando previstas nessas normas complementares.

Em outros casos, é obrigação do condenado a obediência ao servidor e a execução das ordens recebidas, como consta no artigo 50, inciso VI, várias são as situações em que se coloca em dúvida a obediência ao princípio da legalidade, pois toda e qualquer “ordem” dada pelos funcionários passa a ser “ordem legal” e seu descumprimento gera a falta de natureza grave, como por exemplo, deixar de fazer a barba.

Andrei Zenker Schmidt (2007, p. 46-47), ao tratar da crise de legalidade na execução penal, entende que o artigo 50, inciso I, da Lei 7.210/84 atenta ao princípio da legalidade, ao mencionar que comete falta grave o condenado que “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”. Segundo ele, “a amplitude da expressão ‘subverter a ordem ou disciplina’ é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via de argumentação, ser considerada falta grave”.

Assim, o “poder” dos agentes penitenciários passa a ser gigantesco frente aos condenados, que apenas têm que se limitar a fazer tudo que lhes é ordenado, ainda que não esteja a conduta expressamente prevista como um dever seu. São vários os casos em que o preso sofre condenação administrativa por “desrespeitar” as ordens dos agentes penitenciários, como por exemplo, agachar tantas vezes quantas lhe for ordenado por ocasião de um procedimento de revista pessoal. Ou ainda, como se verificou nos autos da sindicância nº 193/2007, do Centro de Readaptação

Penitenciária de Presidente Bernardes, em que se aplicou sanção disciplinar ao sentenciado que desobedeceu a ordem ao “improvisar cadarços” para seu tênis, o que era proibido naquela unidade prisional.

Ela Wiecko V. de Castilho (1988, p. 25), ao tratar do controle da legalidade na execução penal, ensina que:

O condenado, o recluso, possui um ‘status’ que engloba direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. (...) O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e da medida de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto.

Infelizmente, a não observância do princípio da taxatividade importa em graves prejuízos aos condenados.

Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire (2007, p. 278) relatam que:

Desde a edição da LEP em 1984 tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabavam por permitir ao agente penitenciário o uso de meta-regras em sua significação – v.g. incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou respeito com qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefas ou ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada serviu historicamente para o uso arbitrário para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais dos presos incômodos.

Com efeito, um dos maiores problemas que se vê hoje em dia nas unidades prisionais de regime fechado são as faltas disciplinares relativas ao desrespeito aos servidores públicos, reger geral ao agente penitenciário. Percebe-se que o limite de tolerância está muito baixo e que, por diversas razões, a relação entre agentes penitenciários e sentenciados está cada vez mais tensa. Deste modo, como os detentores do “poder disciplinar” são os agentes, qualquer que seja a conduta do condenado que os desagradam, será este sancionado e, certamente, sofrerá punição administrativa.

Praticada uma falta disciplinar, será instaurado procedimento administrativo, assegurado o direito de defesa (Súmula 533 do STJ) e a decisão posteriormente encaminhada para o Juiz, nos termos dos artigos 48 e 59 da Lei de Execução Penal.

Aury Lopes Jr. (2007, p. 380), esclarece que “a garantia da jurisdição é absolutamente crucial e não podemos prescindir dela no processo de execução, momento em que se dá a expiação, com elevado custo e inúmeros incidentes que exigem a intervenção do órgão jurisdicional”.

No procedimento administrativo deve ser assegurada a ampla defesa, pois se trata de direito assegurado constitucionalmente, sendo que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Deste modo, deve ser garantido ao sindicado o direito ao contraditório e ampla defesa, com a indicação de defensor para acompanhar os atos do procedimento bem como apresentar defesa em favor do condenado.

Informação importante, e que não é mencionada nos livros jurídicos, constou na obra da socióloga Camila Caldeira Nunes Dias, resultado de sua tese de doutorado sobre o PCC (Primeiro Comando da Capital). Segundo ela, após pesquisa de campo em unidades prisionais, no preâmbulo metodológico, e em esclarecimentos sobre o setor de sindicância, relatou um pouco sobre o procedimento disciplinar, que se inicia com a comunicação de evento pelo funcionário e apura a falta disciplinar. Segundo Dias (2013, p. 65):

Esta apuração, de fato, visa apenas à definição da gravidade ou não da falta, que já é dada como certa. A apuração apenas ratifica o que o funcionário comunicou. De acordo com os funcionários do setor, seu poder é muito grande, já que uma das poucas coisas que o preso teme é a “canetada”, isto é, a inclusão das faltas disciplinares no seu processo, o que torna muito mais difícil a obtenção dos benefícios de progressão da pena.

Com efeito, instaurado um procedimento disciplinar, raramente o sentenciado é absolvido administrativamente. Isto ocorre com mais frequência em juízo, através dos incidentes de excesso em execução, uma vez que o juiz pode afastar a aplicação da sanção disciplinar.

No entanto, Aury Lopes Jr (2007, p. 383) defende a presunção de inocência na execução da pena, uma vez que “em relação a esses fatos supervenientes, o apenado continua protegido

pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia de estado jurídico e de tratamento”.

Quando se trata da prática de crime doloso, que pelo artigo 52 será considerada falta grave, entende Renato Marcão (2013, p. 70), que “não é necessário aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E salienta que “basta a *prática* do crime doloso”, porque revela o descaso do condenado com a disciplina a ser mantida no estabelecimento prisional.

Ainda que se entenda que é desnecessário aguardar trânsito em julgado de condenação no processo de conhecimento eventualmente instaurado para apurar os fatos não seria possível impor qualquer sanção disciplinar, nos termos da LEP, sem que haja o devido processo administrativo, com possibilidade de ampla defesa e contraditório.

DO RECONHECIMENTO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO

Após a decisão administrativa sobre a prática de falta disciplinar de natureza grave, deverão ser os autos encaminhados para o juiz da execução, para os fins do artigo 48, parágrafo único, da LEP.

Estando o sentenciado em regime semiaberto, a prática de falta grave implicará em sua regressão (artigo 118, I, da LEP), bem como a revogação da saída temporária (artigo 125 da LEP).

Assim, concluso os autos ao juiz da execução, deverá ele reconhecer que o condenado cometeu falta disciplinar de natureza grave, determinando a anotação da mesma no processo de execução e, se for o caso, proceder nos termos do artigo 48. Atualmente, também nesta decisão os juízes vêm determinando a interrupção do lapso temporal para benéficos, fazendo constar que a partir da falta será reiniciada nova contagem.

Neste momento poderá o juiz, analisando o procedimento, rever a situação do condenado, não ficando limitado ao que foi decidido administrativamente. Desde modo, poderá absolver o condenado ou desclassificar a natureza da falta para média ou leve.

Deve ser analisado pelo juiz da execução se foram observados os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Destarte, embora necessário e indispensável o controle da disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais, deve o juiz da execução estar atento a possíveis casos em que há

excesso por parte da administração. Não se pode permitir uma sanção administrativa arbitrária ou desproporcional à conduta do preso. Alguns comportamentos são insignificantes e ainda assim são tidos como falta de natureza grave. Deve o juiz, pois, estar atento aos princípios da proporcionalidade e da presunção (ou estado) de inocência.

Ainda que o juiz tenha reconhecido a falta, é certo que a defesa, entendendo ser o caso, poderá pleitear, através do incidente de excesso em execução, previsto no artigo 185 da LEP, que a falta seja desconsiderada ou desclassificada.

Apesar de determinar a LEP que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa, devendo esta representar ao juiz em caso de falta grave (artigo 48) e comunicar ao juiz da execução sobre isolamento decretado (artigo 58), considerando a natureza jurisdicional da execução e uma leitura constitucional dos direitos do preso, Schmidt (2007, p. 263), defende a jurisdicionalização do procedimento disciplinar, nos seguintes termos:

O principal efeito da constitucionalização do processo disciplinar, contudo, é o reconhecimento de sua natureza jurisdicional. Considerando-se que a sanção imposta no referido processo, de uma maneira geral, terá a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, não parece possível autorizarmos que tal restrição seja determinada por uma autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional), recaindo sobre o juiz um mero poder homologatório do processo, como ocorre nos dias atuais.

312

E Schmidt propõe, de *lege ferenda*, um projeto de lei determinando que o processo disciplinar tramite em juízo, perante a Vara de Execução Penal. No Estado de São Paulo essa proposta iria causar um tumulto generalizado nas Varas de Execução, tendo em vista o imenso número de presos e a grande incidência de faltas disciplinares. Mas, certamente iria diminuir os excessos praticados pelos funcionários. Ideal seria que fosse revisto o rol de faltas graves, tornando-as mais taxativas.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E APLICAÇÃO DA ANALOGIA

Rogério Lauria Tucci (2011, p. 31), ao tratar dos direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, dedica um capítulo à garantia da legalidade da execução penal, asseverando ser ela “a derradeira *garantia* inerente ao *devido processo penal*”, esclarecendo que “faz-se ela, com efeito, e como antes também acenado, indispensável e inerradável complemento de todas as outras, reiteráveis no processo de execução da sentença penal condenatória”.

A obrigatoriedade do princípio da legalidade e a proibição de analogia que não seja favorável ao réu são as principais razões pelas quais se pode afirmar impossível a interrupção do lapso quando o condenado estiver no regime fechado e cometer a falta.

Lembrando que decorre da legalidade à observância à reserva legal (lei em sentido estrito) e taxatividade, verifica-se que não há, em lugar algum na LEP ou no Código Penal, qualquer menção a este efeito da falta disciplinar.

Aplicar analogia nesta hipótese certamente implica em prejuízo do condenado, o que é vedado em direito penal.

Vico Mânas, Desembargador-relator nos autos do Habeas Corpus nº 0271829-77.2011.8.26.0000, julgado pela 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em 14.03.2012, com brilhantismo asseverou que:

vale ressaltar que a decisão impugnada, ao determinar a elaboração de novo cálculo de liquidação de penas, adotando-se como termo inicial para contagem do lapso para eventual benefício a data da falta, criou causa interruptiva do prazo legal, ao arrepio da Lei de Execução Penal, silente a respeito, com ofensa, por conseguinte, ao princípio constitucional da legalidade em matéria penal. A omissão legislativa, como é cediço, por força da referida garantia constitucional, só pode ser interpretada em favor do acusado ou do sentenciado, e nunca de molde a prejudicá-lo, como ocorre com a determinada fixação de causa de interrupção de prazo legal, sem o devido amparo legal.

313

Neste julgado, são citados diversos precedentes no mesmo sentido, de julgamentos do Tribunal de Justiça do Paraná, do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Paraná.

Infelizmente, o que se verifica, na prática da execução penal é que o princípio da legalidade sofre constantes e inadmissíveis violações.

Em razão do entendimento de que a falta disciplinar interrompia o lapso para a progressão, passou-se a aplicar esta mesma interrupção aos casos de livramento condicional. Mais do que analogia, seria verdadeiramente criar um novo requisito para o livramento condicional, que não admite a forma regressiva e sim, em caso de descumprimento, revogação do benefício.

Assim, para afastar qualquer hipótese nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 441, dispondo que: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento

condicional”. Do mesmo modo, a recente Súmula 535, que estabelece não haver interrupção para comutação ou indulto.

Ocorre que a falta deve interromper o lapso da progressão quando for caso de regressão, ou seja, cumprirá um sexto do restante da pena no atual regime (para o qual foi regredido).

Por obediência ao princípio da legalidade, não poderiam os juízes e tribunais determinar o reinício da contagem para o semiaberto em caso da prática de falta de natureza grave, ou, para que isto fosse aceitável, deveria ser alterada a Lei de Execução Penal, deixando taxativa esta questão.

CONCLUSÕES

Ao lado da necessidade do Estado de controle social, estão os condenados que, apesar de sua situação jurídica, continuam merecedores de todos os direitos e garantias fundamentais, embora com a liberdade de locomoção tolhida.

Destarte, ao condenado, considerado sujeito e não objeto da execução penal, deverão ser assegurados todos os princípios penais e processuais, em especial os princípios da legalidade, taxatividade, ampla defesa e presunção de inocência em relação a fatos supervenientes. (nesse sentido, LOPES JR, 2007, p.383).

Verifica-se nos últimos anos um enrijecimento do tratamento penitenciário no que se refere às faltas disciplinares e suas consequências na execução penal.

O aumentando da severidade no cumprimento da pena e a restrição dos direitos do preso não significa que se conseguirá a diminuição da criminalidade, pois o resultado será transformar os condenados em homens ainda mais revoltados e embrutecidos pelo sistema.

Até porque, não se pode deixar de lado o caráter ressocializador da pena, pois os sentenciados, cedo ou tarde, irão retornar ao convívio social, sendo necessário que se busque melhorá-los e não somente mantê-los impossibilitados de cometer novos delitos enquanto durar o encarceramento.

Assim, embora se assista todos os dias a fúria da sociedade com relação às prisões e a ânsia descontrolada de cada vez mais distanciar os presos do convívio social, não se pode deixar de se indignar com o retrocesso vivido, com o esquecimento dos direitos humanos, tão dificilmente reconhecidos pelas nações, e tão facilmente deixados de lado quando se trata de tentar controlar o aumento da criminalidade.

Apesar de ser o cumprimento da pena responsabilidade do Estado-Administração, a execução da pena tem natureza predominantemente jurisdicional e todos os princípios penais devem ser observados, em especial o princípio da legalidade com seus desdobramentos (reserva legal, proibição de analogia *in malam partem*, taxatividade e irretroatividade).

O condenado, cumprindo pena em regime fechado, privado de sua liberdade de locomoção, continua detentor de todos os direitos constitucionais inerentes à sua condição, que devem ser respeitados pelo Estado. O poder disciplinar exercido pelo Estado não pode lhe impor um padrão de conduta que seria esperado dos cidadãos, mas sim que não viole direitos de terceiros.

Diante da indisciplina do condenado e após a conclusão do procedimento disciplinar, deverá o juiz da execução se manifestar, reconhecendo ou não a falta.

Quanto à progressão de regime, para se efetivar o sistema progressivo adotado na execução penal, não podem os juízes e tribunais ampliar os requisitos legais da progressão, determinando o reinício do lapso temporal do benefício quando o preso comete falta disciplinar no interior de estabelecimento prisional de regime fechado, por ferir o princípio da legalidade. Para que isto fosse possível, deveria haver alteração na legislação.

Destarte, a conduta prisional do condenado deve ser levada em consideração por ocasião da análise do mérito do benefício, sendo que as faltas disciplinares devem ser avaliadas criteriosamente pelo juiz da execução, observando os princípios da presunção de inocência, da legalidade e da taxatividade para a tipificação das condutas, bem como o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : parte geral**, 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. in Críticas à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Fabris, 1988

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Volume 1.** ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral.**7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: O caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado).** São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 35)

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada.** 5. ed, Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LOPES JR., Aury. **Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In Crítica à execução penal.** (Coord. Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.**11 ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, vol. I, ed. Atual. por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 10 ed. rev.eatual.. São Paulo: Atlas, 2002.

QUEIROZ, Paulo; Melhor, Aldeleine. **Princípios constitucionais na execução penal. in Leituras Complementares de Execução Penal.** (org. Rogério Sanches Cunha. Salvador: JusPODIVM, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **A crise de legalidade na execução penal. In Crítica à execução penal.** (Coord. Salo de Carvalho). (p. 29-76) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

____. **Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In Crítica à execução penal.** (Coord. Salo de Carvalho) (p. 207-267). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITOS SOCIAIS E EDUCAÇÃO ESPECIAL INCLUSIVA: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA

*Andrea Antico SOARES¹¹²
Vivianne RIGOLDI¹¹³*

RESUMO

O presente artigo dedica-se ao estudo, inicialmente, dos direitos sociais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil. Especialmente, estuda-se o direito à educação na perspectiva de uma educação especial inclusiva que tenha, dentre outros objetivos, o preparo para a qualificação profissional da pessoa com deficiência. Aborda-se o direito constitucional à educação especial, remetendo-se o texto às diretrizes internacionais, às normas e aos princípios constitucionais de proteção das pessoas com necessidades especiais. Fundada em indicações doutrinárias e legais, aplicada a metodologia dedutiva, o texto motiva a reflexão a respeito da positivação e efetivação dos direitos sociais, e demonstra, ao fim, a relação de dependência entre a efetivação do direito constitucional de atendimento educacional especializado e a concretização dos demais direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; direito à educação especial; pessoas com deficiência; dignidade humana.

317

RESUMEN

Este artículo está dedicado al estudio inicial de los derechos sociales establecidos en la Constitución de la República Federativa del Brasil. Sobre todo, el estudio del derecho a la educación en la perspectiva de una educación especial inclusiva que tiene, entre otros objetivos, la preparación para la cualificación profesional de las personas con discapacidad. Aborda el derecho constitucional a la educación especial, en referencia al texto de las directrices internacionales, las normas y los principios constitucionales de protección de las personas con necesidades especiales. Fundada en la información doctrinal y legal, aplicada la metodología deductiva, el texto que motiva a la reflexión sobre la asertividad y la efectividad de los derechos sociales, y muestra, en fin, la relación de dependencia entre el ejercicio del derecho constitucional a la educación especializada y el logro otros derechos sociales.

PALABRAS-CLAVE: Derechos Sociales; derecho a la educación especial; personas con discapacidad; dignidad humana.

INTRODUÇÃO

¹¹² Estudante de Pós-graduação - Univem - Centro Eurípides de Marília.

¹¹³ Estudante de Pós-graduação - Instituição Toledo de Ensino-ITE Bauru/SP.

A visão pós-moderna acerca dos direitos fundamentais está intimamente relacionada à forma com a qual foram incorporados pela Constituição Federal brasileira que, relativamente aos direitos sociais está absolutamente adequada aos documentos internacionais, elegendo a dignidade da pessoa humana como princípio e parâmetro primordial de todo o ordenamento jurídico nacional.

Neste sentido, os direitos sociais estão integrados aos direitos fundamentais que por sua vez, estão pautados na preservação da dignidade humana. Isto porque, a positivação dos direitos sociais corrobora que, numa sociedade de desigualdade latente, é imprescindível a proteção jurídica de pessoas carentes de recursos mínimos de subsistência, especialmente aquelas com algum tipo de deficiência.

O Relatório Mundial sobre Deficiência publicado em 2011 pela Organização Mundial da Saúde estima que, pelo menos, 15% da população mundial, possua alguma de deficiência e que aproximadamente 90 milhões deste total encontra-se na região iberoamericana. Segundo o relatório, a deficiência é maior nos países de menor renda.

Portanto, ao Estado compete promover condições normativas e reguladoras, ou ainda prestacionais, para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos em situação de deficiência sejam reais e efetivas, ou seja, a inatacável relação de dependência a que o poder estatal submete os direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Neste contexto, a presente pesquisa tem como objetivo abordar o direito à educação especial das pessoas com deficiência quer considerada como política integracionista, instrumento de inclusão social, quer como instrumento de desenvolvimento de potencialidades e capacitação profissional para o exercício de demais direitos sociais.

Isto porque, o direito à educação deve sempre ser visto como fundamento do Estado Democrático de Direito, com objetivo de dignificação da pessoa humana, estando os poderes públicos constitucionalmente responsabilizados pela promoção da educação e da vida digna a partir da implementação de medidas concretizadoras desse ideal.

Por estas razões, pergunta-se: frente à realidade social, se observadas as prescrições constitucionais de proteção dos deficientes, pode-se afirmar que o direito à educação especial tem sido concretizado a partir da concepção de efetivação do atendimento educacional especializado? E ainda: se a concretização dos direitos sociais, especialmente das pessoas com deficiência, é instrumento de combate à exclusão e a desigualdade real sofridas em nossa sociedade, atende a

educação especial uma visão de desenvolvimento de habilidades e competências profissionais voltada para o exercício pleno da cidadania?

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida por um plano fundado em indicações doutrinárias e legais. Aplicando metodologia dedutiva, o trabalho parte de um âmbito mais amplo a respeito do tema até alcançar pontos fundamentais da reflexão pretendida.

ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

Em linhas gerais, a evolução histórica dos direitos fundamentais pode ser disposta em dimensões. A primeira dimensão dos direitos fundamentais surge no período do constitucionalismo moderno-liberal e é representado pelos direitos humanos de liberdade, que nada mais são do que várias formas de liberdade, arroladas por várias cartas constitucionais e declarações internacionais de direitos desde o final do século XVIII e reiteradas após a Segunda Guerra Mundial. Expressa o Estado em que todos os cidadãos gozem de igual liberdade (pessoal, civil e política), isto é, são livres e iguais nos direitos de liberdade. É um movimento de concepção liberal de valorização do indivíduo e afastamento do Estado, que provoca concentração de renda e exclusão social. O Estado passa a ser conclamado a evitar abusos e limitar o poder econômico.

O segundo momento do desenvolvimento do constitucionalismo é marcado pelo constitucionalismo moderno-social que, não menos importante, ainda que de fase mais curta, tem forte caráter social. Tendo o liberalismo não intervencionista promovido demandas sociais que levaram à busca da presença Estatal na vida privada, é durante este período que nasce a segunda dimensão de direitos fundamentais, voltada para os direitos de igualdade.

Os direitos sociais nascem, portanto, nesta segunda dimensão de direitos, como resultado dos imperativos de justiça social, além dos direitos econômicos e culturais, alavancados na passagem do século XIX para o século XX. Assim, face à exigência de igualdade concreta em contrapartida ao formalismo jurídico característico dos direitos de primeira geração, são positivados os primeiros direitos sociais. Além disso, é o momento de especificação da titularidade dos direitos humanos.

Os direitos de segunda dimensão concentraram-se em países denominados de “primeiro mundo” em razão de, nestes, ter-se introduzido de forma mais efetiva e programática o princípio igualitário. Marcaram este período a Constituição do México de 1917 e a da República de

Weimar de 1919. No Brasil a Constituição brasileira do Estado Social de Direito foi a Constituição de 1934, elaborada pela Assembléia Constituinte instalada em 1933 (BONAVIDES, 2003, p.32).

Seguindo a evolução do constitucionalismo, desenvolve-se no decorrer do século XX o constitucionalismo contemporâneo baseado na idéia de Constituição programática, de largo conteúdo social e normas programáticas (metas a serem alcançadas pelo Estado por meio de programas de governo). A terceira dimensão de direitos é marcada então pelos direitos de fraternidade (predominantemente coletivos).

Para Dallari e Nunes Junior (2010, p.47) representam direitos de terceira dimensão o direito à paz, direito ao desenvolvimento por parte dos países subdesenvolvidos e direito à preservação do patrimônio comum da humanidade.

OS DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição brasileira foi a de 1824, a Constituição do Império. Preconizava os direitos civis e políticos dos cidadãos, mas no tocante à idéia de positivação dos direitos sociais representou apenas uma pequena abertura.

A Constituição Republicana de 1891 preocupou-se em positivar as normas de organização do Estado brasileiro e reconhecimento dos direitos de liberdade, representando significativo retrocesso no campo dos direitos sociais.

Em 1934 nasce a Constituição do Estado Social de Direito. Positiva os direitos de proteção ao trabalhador e inova ao positivar o direito à educação. Marca também a previsão do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, da assistência jurídica gratuita, do mandado de segurança e da ação popular.

A Constituição conhecida com “A Polaca” entra em vigor em 1937. Apesar das características políticas da época, apresentou um rol de direitos e garantias individuais. Mas, por outro lado, também limitou direitos individuais e ampliou os poderes do Presidente da República.

Obedecendo a tendência mundial da época, a Constituição de 1946 estabeleceu direitos sociais relativos aos trabalhadores, além dos direitos e garantias individuais já previstos constitucionalmente. No mesmo passo caminhou a Constituição do Regime Militar, 1967, e a Emenda Constitucional 1/69, prevendo poucos direitos e garantias fundamentais e mantendo somente 1(um) artigo referente a direitos sociais dos trabalhadores.

Finalmente, em 1988 com a entrada em vigor de uma nova Constituição Federal é que fica instaurado o regime político democrático, que consolida as garantias e os direitos fundamentais e a proteção de setores vulneráveis da sociedade. Prevê, além dos direitos individuais, direitos coletivos e difusos e destina um capítulo aos direitos sociais.

Cumpra ressaltar que, os direitos fundamentais, a partir de uma análise sistemática da Constituição de 1988, apresentam dois critérios de delimitação, a saber, critério material e critério formal. O critério formal apresenta-se no seguinte contexto: Título II da Constituição Federal – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; capítulo V – Dos Partidos Políticos).

No entanto, a Constituição brasileira apresenta um rol não exaustivo de direitos fundamentais, ou seja, estabelece uma cláusula de abertura constitucional-material. Neste sentido, o critério material é determinado por direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição brasileira.

Acerca dos princípios, cabe lembrar a doutrina de Robert Alexy (2014, p. 146) segundo a qual “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas”.

O princípio da dignidade humana é adotado como fundamento do Estado Democrático brasileiro. Assim, uma vez entendida a Constituição de 1988 como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização de um sistema aberto de valores, de liberdade, valores do espírito ou ainda, condições materiais de subsistência, a dignidade humana somente terá fruição a partir de aspectos dos direitos individuais, sociais e políticos, tornando indissociável a relação entre dignidade humana e concretização dos direitos fundamentais.

A respeito da dignidade humana, a doutrina de Rizzato Nunes (2002, p. 48) acrescenta que se trata de um supraprincípio constitucional que engloba todos os demais princípios e regras constitucionais. Face à relevância deste princípio para o Direito, afirma o doutrinador ser a dignidade o verdadeiro parâmetro para a resolução dos conflitos, “luz do ordenamento”, “estrela máxima do universo principiológico”.

Ressalta-se ainda que, o princípio da dignidade da pessoa humana expressa a idéia de que o valor fulcral da sociedade está na pessoa humana, centro convergente dos direitos

fundamentais. Nesta perspectiva constitucional é que o princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro é chamado dignidade humana (DELGADO, 2006, p. 80).

Destarte, analisando o conteúdo dos direitos fundamentais incorporados ao texto constitucional, pode-se delimitar que o critério material que deles deflui está consubstanciado em três valores caudatários da dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 37).

Neste sentido, os direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social vulnerável busca, por meio da atribuição de direitos prestacionais, pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos ou pela normatização e regulação das relações econômicas, garantir a todos os benefícios da vida em sociedade. Noutras palavras, os direitos sociais são uma gama de direitos com identidades de objetivos, mas que, por vezes, não apresentam a mesma natureza. Portanto, “a delimitação conceitual dos direitos sociais não é uma tarefa simples, tampouco que comporte reducionismos, como o de traduzi-los singelamente como direitos prestacionais” (NUNES JUNIOR, 2009, p.63).

Assim, segundo a doutrina de Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p.65) dentre as assimetrias temos que os direitos sociais se integram aos direitos fundamentais, caracterizados pela preservação da dignidade humana.

OS DIREITOS SOCIAIS E O *CAPUT* DO ARTIGO SEXTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Na Constituição Federal de 1988, os direitos sociais aparecem arrolados no *caput* do artigo 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais têm como finalidade garantir condições de vida digna e que certas situações agregadas ao patrimônio humano sejam preservadas. Para tanto, o Estado deve proporcionar a concretização dos dispositivos constitucionais previstos, do que decorrem as prestações de serviços públicos como os serviços escolares, os previdenciários, os médico-hospitalares, os desportivos, dentre outros.

O direito à educação é direito de todos e dever do Estado, da família e solidariamente da sociedade. Seu alcance é determinado pelo direito de acesso igualitário à educação, inicialmente

nos níveis primários do ensino, visando a capacitação para o trabalho e o exercício da cidadania. A educação formal deve ser oferecida de forma regular, organizada e qualificada, do que depende a construção de um patamar mínimo de dignidade humana e de concretização de todos os demais direitos fundamentais.

O direito à saúde é entendido como garantia de prevenção de doenças e outros agravos, acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde para sua proteção e recuperação, quando e sempre que necessário. O Estado deve promover políticas públicas de saúde em todo território nacional (dimensão coletiva), compondo um sistema único, descentralizado, com direção em cada uma das esferas de governo, assegurando aos indivíduos condições básicas de vida e desenvolvimento saudável (dimensão individual).

Mais recentemente incorporado, o direito à alimentação surge com a Emenda Constitucional nº 64/2010. Tem como principal fundamento o combate à fome e como finalidade última, assegurar o direito humano à alimentação adequada e saudável. Não representa tão somente um direito de comer, mas um dever do Poder Público de adotar políticas e ações necessárias para garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

O direito ao trabalho deve ser entendido como instrumento ou meio de assegurar uma existência digna. Ao Estado compete a implementação de políticas públicas adequadas à criação de empregos. Uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica devem ser considerados no momento da criação de políticas não recessivas, observando-se os princípios da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e ainda, os fundamentos de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

O direito à moradia foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 26/2000 que buscou levar em consideração o fato de muitos brasileiros não possuírem casa própria e outra significativa parcela da população habitar sob teto não considerado moradia digna. Assim, depende sua efetividade da implantação de programas de construção e financiamento de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Merece destaque a previsão do direito ao lazer, inexistente nas Constituições anteriores, e que vem sendo interpretado como o direito ao convívio social e familiar, o direito a passear, assistir TV, dentre tantas outras atividades de lazer. Não deve ser confundido com o direito ao

descanso ou repouso do trabalhador porque, diversamente destes, o lazer não tem a finalidade de recuperação das forças despendidas no labor diário.¹¹⁴

O direito à segurança, neste contexto, refere-se à segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinado e exercido para segurança e preservação da ordem pública e da integridade das pessoas e do patrimônio.

O direito à previdência social deve ser entendido como um conjunto de direitos relativos à seguridade social. Neste sentido, a Previdência Social representa o principal instrumento da seguridade social e visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência do indivíduo sempre que este não puder suprir suas necessidades através do trabalho, em razão de maternidade, incapacidade, desemprego, idade avançada, invalidez, nascimento, prisão, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória vindos da sociedade e integrantes do sistema.

A proteção à maternidade e à infância positiva-se como direito de natureza previdenciária e assistencial, devendo a proteção à maternidade ser atendida pela previdência social, enquanto a proteção à infância tem natureza assistencial.

A assistência aos desamparados remete ao direito à prestação de assistência social a quem dela necessitar, por meio de ações governamentais redutoras da desigualdade e da exclusão social. Independe de contribuição individual direta do beneficiário assistido, devendo os planos, programas, projetos públicos na área da assistência social serem efetivados com recursos do orçamento da seguridade social.

Ressalte-se portanto que, todos os direitos sociais arrolados no *caput* do artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, carregam como pressuposto a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna, e por esta razão, têm o Estado como referência de salvaguarda e concretização, quer em uma perspectiva normativa e reguladora, quer em uma perspectiva prestacional.

Finalmente, onde o desrespeito pela vida e pela integridade do ser humano, ou seja, onde os direitos sociais, porquanto fundamentais, não estiverem reconhecidos e assegurados, não haverá guarida para a dignidade da pessoa humana.

O SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

¹¹⁴ (Acórdão 0000016- 38.2012.5.04.0020 RO. Des. Cláudio Antônio C. Barbosa. Órgão Julgador: 3ª Turma do TRT da 4ª Região. Sessão de 15-05-13)

Como apontado até o presente, o gozo efetivo dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988 depende de ações do Poder Público, no sentido de que, como bem assevera a doutrina de Dallari e Nunes Junior (2002, p.62)

Os direitos sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas, que, materializadas por meio de serviços e ações do Poder Público, permitam que o indivíduo partilhe dos benefícios da vida em sociedade. Neste caso, pressupõe-se a existência de segmentos da sociedade demandatários de prestações estatais para a satisfação de necessidades materiais básicas. Cogita-se aqui de prestações públicas como as que devem ocorrer em matéria de educação e saúde.

Inegável que, dentre estes segmentos detentores do direito às prestações públicas encontram-se as pessoas com deficiência, ou seja, aquelas que, por motivos físicos ou psíquicos são carecedoras de intervenção estatal normativa, reguladora e prestacional para terem sanadas suas necessidades especiais.

Isto porque, como bem salienta Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 126)

É provável que a igualdade não seja encontrada espontaneamente na sociedade, a despeito da natureza comum (biológica e moral, física e espiritual) de todo ser humano. As pessoas são diferentes e a igualdade é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas, para o que o direito pode servir de valiosa ferramenta.

A igualdade de tratamento jurídico, ou seja, a isonomia orienta-se de forma lógica e genérica; assim, caso exista diferenciação, o critério de distinção deve necessariamente ter relação com o tratamento diferenciado; deve encontrar respaldo na Constituição Federal que o permite somente a partir de dados objetivos. A Constituição brasileira adota critérios de justiça para legitimar o tratamento distinto adequado a cada categoria concretamente.

A doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 11) aponta a seguinte reflexão:

Quem são os iguais e quem são os desiguais?

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sobre a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?

A Constituição brasileira, além dos critérios de mérito e universalização, incorporou o critério constitucional da necessidade, segundo o qual fica reservado a cada pessoa segundo sua

necessidade. Sendo assim, às pessoas com deficiência está garantido o respeito à sua condição especial. No mesmo sentido, a todos aqueles sujeitos de direitos especiais em razão de suas especificidades, como gestantes, infantes, idosos. No princípio da diferença, toda desigualdade será admitida desde que beneficie o desigual ou menos favorecido.

Também ratifica a legitimidade do tratamento diferenciado às pessoas com deficiência o entendimento do que venha a ser „igualdade nos direitos“. Frise-se que a „igualdade nos direitos“ significa a equânime fruição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Engloba além do direito de igualdade perante a lei, todos os demais direitos fundamentais como os políticos, civis e os direitos sociais – educação e trabalho, constitucionalmente assegurados.

Neste sentido, o princípio da igualdade de oportunidades tem como objetivo oportunizar aos indivíduos de uma mesma sociedade, a necessária igualdade nas disputas sociais e nos anseios mais significativos da vida em condições equilibradas e equitativas. O entendimento pátrio a respeito do tema está perfeitamente coadunado às diretrizes internacionais de proteção das pessoas com deficiência.

Segundo Lafayette Pozzoli (2009, p.149), o trabalho de proclamação desses direitos por parte dos organismos internacionais, voltados para a promoção da inclusão social das pessoas com deficiência, tem alcançado significativo êxito na conscientização dos Estados.

Considerada internacionalmente um dos mais importantes documentos de inclusão social das pessoas com deficiência, a Declaração de Salamanca determina que os Estados assegurem que toda pessoa com deficiência seja incluída no sistema educacional, tendo sido promulgada pela ONU em 1994. A Declaração de Salamanca dispôs que toda pessoa com deficiência tem direito à educação, e a oportunidade de adquirir nível satisfatório de aprendizagem, levando em consideração as habilidades, características e necessidades de desenvolvimento intelectual e cognitivo de cada ser humano.

O Brasil, também ratificou a Convenção da Guatemala, promulgada em 1999 pela OEA – Organização dos Estados Americanos, por meio do Decreto 3.956 de 2001. A Convenção prevê meios de eliminação de toda espécie de discriminação contra pessoas com deficiência e a integração plena à sociedade. Na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006), a ONU consignou medidas de conscientização sobre a deficiência e dispôs que a discriminação contra a pessoa em razão de sua deficiência caracteriza violação à dignidade humana e aos valores inerentes ao ser humano. Em seu artigo 24 reconhece o direito à educação e

confere diretriz internacional no sentido de que os Estados devem assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de escolaridade, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, garantindo assim, a igualdade de oportunidades (ONU, 2006, p. 28).

No mesmo sentido, a Convenção em seu artigo 27 determina aos Estados signatários o respeito ao direito das pessoas com deficiência ao trabalho digno, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, em um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível às pessoas com deficiência (ONU, 2006, p. 36).

Em 2008 o Brasil aprovou a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificando o proclamado reconhecimento do direito das pessoas com deficiência à educação, assegurando-lhes no sistema educacional brasileiro a inclusão em todos os níveis e o desenvolvimento intelectual ao longo da vida.

No Brasil, aproximadamente 25% das pessoas são consideradas pessoas que ficam em volta da pessoa com deficiência, decorrendo que o Estado está consciente de que é imprescindível estabelecer uma legislação própria, coadunada à legislação internacional de inclusão das pessoas com deficiência (POZZOLI, 2009, p.149).

Além disso, a Constituição Federal de 1988 protege os direitos inerentes às pessoas com deficiência em vários dispositivos. A legislação infraconstitucional segue a mesma diretriz de proteção, desenvolvimento e inclusão dos deficientes.

O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO

A inclusão social das pessoas com deficiência é uma diretriz constitucional e depende da concretização dos direitos fundamentais à educação e ao trabalho, dentre outros, posto que, significam uma forma de aprimoramento intelectual que prepara o indivíduo para o exercício de uma profissão (ASSIS; POZZOLI, 2005).

Assim, o direito à educação especial deve ser entendido como o direito ao atendimento educacional especializado, sendo um direito constitucional dirigido às pessoas em condições de desigualdade em razão de qualquer forma de deficiência, e considerado aquele do qual depende a concretização de outros direitos fundamentais como o trabalho digno e a cidadania em suas diferentes acepções, uma vez que é condição inafastável de desenvolvimento intelectual que habilita a pessoa com deficiência para uma vida digna.

O dever do Estado brasileiro em relação às pessoas com deficiência está previsto no artigo 23, inciso II que é repetido no artigo 208 no que diz respeito ao direito à educação; visa garantir o direito à educação e prevê o atendimento educacional especializado gratuito a alunos com necessidades especiais, preferencialmente nas redes regulares de ensino.

Em 2005, o Ministério da Educação divulgou o Programa “Educação Inclusiva: direito à diversidade” por meio do qual determinou aos gestores que participem do Programa na busca da qualidade e do respeito aos direitos constitucionais dos alunos com necessidades educacionais especiais.

A definição jurídica da deficiência está prevista no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, Portaria nº 298 de 09 de agosto de 2001. Considera deficiência permanente aquela que não permite recuperação ou não tem probabilidade de que se alterar, apesar de novos tratamentos e categoriza a deficiência em: deficiência física, deficiência auditiva, deficiência visual, deficiência mental (limitações associadas a duas ou mais áreas da conduta adaptativa ou da capacidade do indivíduo em responder adequadamente às demandas da sociedade), deficiência múltipla (duas ou mais deficiências primárias associadas no mesmo indivíduo). Define ainda, a “incapacidade” como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidades de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que as pessoas com deficiência possam receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar social e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (BRASIL, 1999).

Diante da necessidade estatal de implementação de ações afirmativas que respondam a estas diversidades, surge o “sistema de quotas” que, na prática, pretende proporcionar a inclusão social dos segmentos menos favorecidos, por meio da reserva de vagas em setores específicos da sociedade para pessoas em situação de exclusão.

No caso das pessoas com deficiência, o sistema de quotas está previsto desde 1991, no campo do direito ao trabalho, representando o que os economistas convencionaram chamar de “reserva de mercado”, estabelecendo o preenchimento mínimo de vagas por pessoas com deficiência, proporcionalmente à quantidade de empregados de cada empresa.

O Censo de 2010 apontou que pelo menos 23,9% da população brasileira apresenta alguma forma de deficiência. Com relação à educação, indicou que esta população apresenta taxas de alfabetização menores do que a população total em todas as regiões brasileiras. Apontou

ainda que, a taxa de escolarização entre os alunos de 6 a 14 anos mantém simetria com os alunos sem deficiência mas, por outro lado, tal segmento apresenta menor índice de alfabetização.

Quando considerado pelo Censo o nível de instrução, as desigualdades se asseveram: 14,2% da população com deficiência possui o ensino fundamental completo; 17,7%, o ensino médio completo e, somente 6,7% possui ensino superior. Finalmente, a pesquisa revela que das pessoas com algum tipo de deficiência constatadas em nosso país, 61,1% não possui instrução escolar ou ensino fundamental completo (BRASÍLIA, 2012. p. 6).

Com relação à ocupação laborativa, o Censo de 2010 aponta 44 milhões de pessoas com alguma deficiência em idade ativa, sendo que 23,7 milhões não estavam empregadas. A população com deficiência e profissionalmente ocupada representava somente 23,6% do total de ocupados. De outra face, a população sem deficiência empregada representava 76,4% desse total (BRASÍLIA, 2012. p. 23).

Diante dos dados levantados, denota-se que o respeito à educação especializada garantida às pessoas com deficiência, do ponto de vista jurídico-constitucional, separa a educação inclusiva em dois aspectos bem distintos: primeiro, a escola é que deve ser regular, ou seja, a expressão “escola regular” corresponde tão somente a um ambiente físico e segundo, a educação deve ser a especializada, ou seja, uma educação não apenas de efetivação da matrícula escolar, mas sim que possa dar vazão ao desenvolvimento de aptidões e habilidades que preparem a pessoa com deficiência para o pleno exercício da cidadania.

329

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, conforme demonstrado por meio dos dados divulgados pelo Censo 2010, as pessoas com deficiência não possuem o mesmo nível educacional, em condições de igualdade de condições e oportunidades em relação às pessoas sem deficiência. Portanto, implementar um atendimento educacional especializado de qualidade, que garanta o desenvolvimento de habilidades e aptidões é a única maneira de o Estado assegurar à pessoa com deficiência o exercício da cidadania, cumprindo preceitos constitucionais relativos sobretudo à dignidade humana.

Como dito alhures, os direitos sociais têm como finalidade garantir condições de vida digna propiciando que o patrimônio humano seja preservado. Ao Estado compete proporcionar a

concretização dos dispositivos constitucionais previstos, do que decorrem as prestações de serviços públicos como os serviços escolares.

Neste sentido o direito à educação especial é direito fundamental das pessoas com deficiência e dever do Estado, da família e solidariamente da sociedade. Seu alcance é determinado pelo direito de acesso igualitário à educação, inicialmente nos níveis primários do ensino, mas também, e especialmente, pela garantia de educação formal oferecida de forma regular, organizada e qualificada, do que depende a construção de um patamar mínimo de dignidade humana pela capacitação ao exercício dos demais direitos sociais.

Para tanto, é imprescindível que a rede pública de ensino priorize salas de aula em suas unidades de ensino dotadas de recursos materiais e humanos verdadeiramente aptos a educar e preparar as pessoas com deficiência, objetivando o desenvolvimento de suas habilidades e de suas aptidões para participação social e, também, para integração profissional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**, tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. In: Revista do Advogado. **Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: AASP, 2007. p.42-55.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização de legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 39ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006. (Série Legislação Brasileira).

_____. Ministério da Educação. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.

_____. Decreto n.3298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n.7853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em 04 de julho de 2014.

_____. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em 22 de julho de 2014.

_____. Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo assinados em Nova York em 30 de março de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 07 de julho de 2014.

_____. Ministério da Educação. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.

BRASÍLIA. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

GUGEL, Maria Aparecida. **A inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho e o ano iberoamericano**. 2013. Disponível em <http://www.ampid.org.br/v1/?p=550>. Acesso em 23 de julho de 2014.

HERKENHOFF, João Baptista. **O que é justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 939, 28 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7893>. Acesso em: 20 de junho de 2014.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 01 de julho de 2014.

_____. Declaração dos Deficientes Mentais. 1971. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-deDefici%C3%A2ncia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>>. Acesso em 13 de julho de 2014.

_____. Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente, 1975. Disponível em: < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIPAG3_7_3.htm>. Acesso em 13 de julho de 2014.

_____. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 2006. Disponível em: http://www.ulbra.br/acessibilidade/files/cartilha_onu.pdf.. Acesso em 13 de julho de 2014.

_____. Declaração de Salamanca, 1994. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf> >. Acesso em 22 de julho de 2014.

POZZOLI, Lafayette. **O Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade**. In PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Cristina; MACHADO, Edinilson Donisete (org.). Gramática dos direitos fundamentais – A Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. São Paulo: Elsevier, 2009.

RIGOLDI, Vivianne. Atendimento Educacional Especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi. **Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Editora Boreal, 2011.

_____; SOARES, Andréa Antico. **O direito ao trabalho digno na perspectiva da educação especial inclusiva**. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa - PB. Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI - 2014, João Pessoa – PB, pg 375-404.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2014.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2007. SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WERNECK, Cláudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 2000.

DIREITO DE ANTENA COLETIVO COMO DEMOCRACIA: PARADIGMAS PARA A PLURALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE INFORMAR

Washington Luiz TESTA JUNIOR¹¹⁵

RESUMO

A liberdade constitucional de (à) informação, cuja bifrontalidade reside no fato de obter (fim das coisas) e prestar (meio às coisas), tem sido utilizada pelo poder comunicacional de modo oligopolista a direcionar o pensamento das pessoas segundo a ideologia que favorece ao restrito grupo detentor das grandes mídias (rádio, televisão e jornal). Necessário um redemocratizar ante a ideia de pluralização nas esferas comunicacionais (mídias), com um direito de acesso das pessoas, que são os titulares do direito-fim à informação. Nesse sentido, um dos instrumentos de controle social à comunicação social, vem pela construção do Direito de Antena Coletivo, a permitir que grupos e entidades representativas do povo possam acessar gratuitamente a grande mídia, para levar ao indivíduo informação relevante para o seu desenvolvimento digno.

PALAVRAS-CHAVE: Informação e direito. Democracia. Direito de Antena Coletivo.

ABSTRACT

The constitutional freedom of (the) information whose bifrontalidade lies in the fact obtain (end of things) and provide (among the things), has been used by the communication power of oligopolistic order to guide people's thinking according to the ideology that favors the restricted the big media holding group (radio, television and newspaper). Require a re-democratize at the thought of pluralization in communication spheres (media), with a right to access of persons who are the holders of the right-end information. In this sense, one of the instruments of social control the media, is the construction of the Collective antenna of law, allow groups and representative bodies of the people can freely access the mainstream media, to take the relevant individual information for your worthy development.

KEY-WORDS: Information and right. Democracy. Collective antenna of law.

INTRODUÇÃO

Sabido que os direitos fundamentais têm como núcleo fundante e irradiador a vida humana digna. Igualmente conhecido que o direito à informação está inserido na messe de direitos que compõem o rol de normas dotada desta fundamentalidade, indispensável para a concretização da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁵

Docente das Faculdades Integradas de Ourinhos.

Embora tais direitos tenham sido proclamados, na prática, são diuturnamente feridos de morte, porque não aplicados tal como idealizados, a exemplo do direito à informação que, não raras vezes, serve de pretexto para a desinformação do que para real e concretamente informar o indivíduo.

O poder comunicacional tem utilizado o seu direito de informar para manipular o pensamento dos espectadores (detentores do direito à informação), bem assim se apoderado dos meios de comunicação de forma oligopolista, a desrespeitar o comando constitucional que veda o “cartel” na comunicação social.

Necessário um repensar das liberdades meio e fim, isto é, o direito à informação é o fim a ser alcançado em prol da autodeterminação do homem e, por conseguinte, seu desenvolvimento digno; ao passo que, o direito de informar o meio-instrumento para realização da informação dirigida ao indivíduo.

Nesse sentido, o direito de antena coletivo, dentre outras medidas democratizantes do poder comunicacional, serviria não só aos partidos políticos tal como já o é, mas também às entidades de classes representativas de direitos coletivos, a exemplo da de proteção dos direitos do consumidor, a fim de, sem custos, levar ao indivíduo informação relevante à sua dignidade.

334

INFORMAÇÃO E LIBERDADE: REVISITAR PARA REALIZAR

Quem poderia imaginar que os ideais libertários oitocentistas, ao tempo e modo lá vividos, “serviriam” contemporaneamente como manto protetor de uma ideologia que está a aprisionar novamente a liberdade-direito à informação, a fim de que uma mesma elite dominante continue (ontem, hoje e, talvez, amanhã) a dirigir-manipular o pensar-agir do homem.

É que o meio (liberdade comunicacional em geral) é usado como um fim em si mesmo, a manipular a realidade factual de acordo com os interesses político, social, cultural, econômico-capitalista, dentre outros, e não tal como outrora idealizado para propiciar ao indivíduo informação real e de interesse geral (relevância), a dar-lhe condições concretas de se autodeterminar.

A diferença entre o passado e o presente está nos tipos de grilhões da informação, pois antes se tinha a coação (censura) e agora se tem a persuasão (manipulação), de tal modo que a violência é a mesma — ou até pior, se considerarmos que aquilo que está encoberto-latente é menos explícito e, por isso, é mais difícil desvelar para se libertar —, a mudar somente a

roupagem e não o conteúdo ideológico, portanto, quase nada mudou ou mudou à forma de Lampedusa¹¹⁶.

Diante da inevitabilidade do postulado liberal ante o esgotamento fático do absolutismo, os donos do poder não mais conseguiriam governar com tranquilidade os até então desinformados, que a partir disso estariam em processo informativo (com mais olhar crítico), assim, seria preciso empregar ao ideal de liberdade um tom que convergisse aos propósitos dominantes, a manter a estrutura piramidal de uma minoria elitizada no ápice e de uma maioria alienada na base.

Surpreendentemente para os contrários dessa liberdade, notou-se que tal ideal (e o fluxo de informação, desde que dirigido) poderia ser um novo e mais eficaz meio de aprisionamento ideológico, pois pelo simbolismo manipulador há o consentimento do dominado (não necessariamente resistente), que, acreditando ser tudo bom e legítimo, permanece silente, ao reverso da censura-coação que, além de não mais surtir tanto efeito diante da liberdade anunciada, era custosa, pois envolve atos repressivos que se eventualmente repudiados necessitava de poderio militar.

Com isso resta fortalecida a dominação alheia, à medida que os desinformados (desagrupados e desorganizados, cada qual em seus rincões, oprimidos pela censura) passam a ser “informados” para um ou outro pensar, todos reunidos quase que em tempo real, de tal sorte que o efeito disseminador das ideias da elite governante tivesse à sua mão um forte mecanismo ante a noção de “unificar para melhor dominar” (Bourdieu¹¹⁷).

Não se tem, dessa maneira, a liberdade-meio de informação tal como pensada por Marx¹¹⁸ (olhar onipotente do povo) para que o povo soubesse das coisas da *polis* e pudesse controlar o poder, mas, diante disso, o contrário segundo Bobbio¹¹⁹, isto é, a “tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder”, leia-se para além do estatal como um todo, aqui, o poder informacional.

Mais a mais — como não bastasse ter para si o postulado liberal para, invertidamente ao seu real mister, manipular o indivíduo pela informação —, toda vez que se pretender trazer à tona

116 “Vamos mudar tudo para que tudo continue como está”, Giuseppe Tomasi di Lampedusa, in *II Gattopardo*, escrito em 1956, sobre a aristocracia siciliana.

117 Pierre Bourdieu, in *Contrafogos 2*.

118 Karl Marx, in *Liberdade de Imprensa*.

119 Norberto Bobbio, in *O Futuro da Democracia*.

a questão do desvirtuamento entre a atrofiada liberdade-fim (direito à informação) e a hipertrofiada liberdade-meio (dever de informação), a fim de pluralizar-democratizar e de controlar social e legitimamente os meios de comunicação, tem-se ainda o próprio escudo da noção liberal que, não raras vezes, aparece pelo discurso enganador do retrocesso a tempos autocráticos (censura).

É bem por isso o alerta para o risco de ilusão com relação à noção-liberal, isto é, para um perigoso discurso da liberdade que tem aparecido em muitos lugares, como no nome do partido nazista da Áustria (Partido da Liberdade), sendo que, para Novaes¹²⁰, a “liberdade pode ser, portanto, um signo enganador, ‘complemento solene’ da violência que leva a defender não homens livres, mas ideias abstratas”.

Não é somente na liberdade, contudo, que se tem o perigo de um esvaziar de conteúdo (perdimento), mas em outros valores caros ao homem e que contém certa plasticidade conteduística e natureza polissêmica, tal como a igualdade e a democracia, que aparecem rotineiramente em falsos discursos como se estivessem de forma efetiva e apriorística sendo respeitadas em seus reais escopos, enfim, podem (e devem) servir como libertação do indivíduo, porém podem prestar ao seu aprisionamento ideológico.

Tratam-se de signos-valores, por outras palavras, que demandam constante vigília (evitar o risco de esvaziamento) e reconquista (pois de conquista frágil), que clamam sempre um revisitar segundo o contexto espaciotemporal vivenciado, é dizer, a liberdade e a democracia de ontem, em que pese seus importantes feitos a implicar em um reafirmar, necessitam de novas conquistas.

Aliás, liberdade e democracia são ideias que se ligam, sobretudo, no que se refere à informação, já que a presença da liberdade-direito em ser real e objetivamente informado de assuntos de relevância geral permite ao indivíduo se posicionar criticamente sobre as coisas, assim, a participar das decisões políticas que envolvem todo o tecido social.

A razão de a classe dominante não querer uma democracia real (participação público-social) é óbvia: a não interferência, e possíveis restrições, na capacidade de decidirem e agirem livremente segundo os próprios interesses. Por isso, a ideia de não haver participantes e, sim, espectadores.

120 Adauto Novaes, *in O Avesso da Liberdade*.

Daí a importância dos meios de comunicação como instrumento doutrinador das pessoas, como também o motivo de mantê-los sob o domínio de uma minoria poderosa, que passou da violência física (censura) para a moral-intelectual (manipulação ideológica). Nisso Chomsky¹²¹ esclarece que “a lógica é clara: a propaganda está para a democracia assim como o cassete está para o Estado totalitário”.

Imprescindível, nesse sentir, desmistificar falsas noções como a de que o postulado liberal é condição única a uma opinião pública livremente formada, pois só garante que o informador noticie o que ele quiser, da maneira como quiser e no momento que quiser veicular. Aliás, a opinião não tem sido pública (livremente formada), mas sim publicada (opinião privada tornada pública).

A dimensão liberal foi e é importante, pois ao limitar o poder e o arbítrio estatais propicia ao homem a liberdade negativa, mas, agora, mostra-se insuficiente. Para Karl Mannheim¹²² o liberalismo “perdeu sua validade e sua aplicabilidade nas condições modernas”, bem assim que seus ideais de liberdade e abstenção estatal “bloquearam deliberadamente a instauração de controles adequados. Para eles, qualquer liberdade que difira da sua há de parecer o oposto da liberdade”.

Indispensável a dimensão social de ser livre, isto é, de participar ativa e igualmente das decisões que influenciam a vida em sociedade, de gozar a liberdade com opção real de escolhas, e não somente como condição de não ser molestado ou cerceado por outrem. A máxima do “deixar fazer, deixar passar” (ainda que intrinsecamente desejável) não é suficiente à completa liberdade, sendo importante distribuir igualitária e democraticamente a liberdade (de titularidade difusa, não só individual)¹²³, leia-se: liberdade social, como “uma nova forma de individualidade, verdadeiramente plural e democrática”, a lembrar de Mouffe¹²⁴.

A liberdade é de todos (individual, mas socialmente considerados), e nisso, constitucionalmente se veda o oligopólio ou monopólio dos meios de comunicação social. Todavia há completo desrespeito a isso, a fim de que não haja concorrente no caminho, que deve estar livre para se falsear já que não haverá contestação, assim o espetáculo midiático tem livre

121 Noam Chomsky, *in Controle da Mídia: os espetáculos feitos da propaganda*.

122 Karl Mannheim, *Liberdade, poder e planificação democrática*.

123 Washington Luiz Testa Júnior, *in Informação, Direito e Verdade: regulação constitucional da imprensa*.

124 Chantal Mouffe, *in O Regresso do Político*.

curso, a emocionar pela criação de santos (Lady Dai) e de vilões (Fidel Castro), é o bem e o mal (maniqueísmo), que movimentam o circo chamado de informação.

A atual quadra constitucional (Direito e Democracia), contudo, tem como norte axiológico o pluralismo, a democracia, a informação, dentre outros valores, a inspirar uma (r)evolução jurídico-social na liberdade de informação, de tal sorte que a sua face-irmã (e *ratio essendi*), a liberdade à informação, tenha real concretude, o que se pretende por meio da participação do indivíduo no processo de formação da notícia de interesse geral e, também, nos conselhos-órgãos de comunicação social.

Nesse contexto, defende-se a pluralização-democratização do direito de informar (de prestar informação), pois, muito embora tal direito venha do ideal individualista-liberal, contemporaneamente ele deve ser tido como coletivo-difuso, a atender interesses vários de acordo com a pluralidade cultural, étnica, social e enfim, que possa olhar para o outro (diferenças grupais) conquanto ao processo de formação e exteriorização da informação.

É bem por isso que Mouffe¹²⁵ traz a noção de uma forma diversa de democracia, a radical, no sentido de se respeitar as diferenças, admitir novos direitos diante de novas necessidades grupais, direitos que são individuais, mas que só podem ser exercidos coletivamente e que pressuponham seu reconhecimento a todos igualmente, enfim, que haja equivalência democrática entre as exigências de cada grupo.

Diante dessa deletéria conjuntura no direito de informar (meios comunicacionais) e da novel perspectiva nos postulados da liberdade (social) e da democracia (radical), é que se propõe a consagração de um direito de antena coletivo, já instituído nas Constituições da Espanha e de Portugal, às entidades privadas ou oficiais representativas de grupos-classes (de natureza coletiva ou difusa), reconhecidamente de utilidade pública, onde se poderia fazer passar suas mensagens, de modo livre e gratuito, no rádio e na televisão, a se reservar, para tanto, um tempo mínimo nos respectivos veículos.

A informação significa conhecimento (e esse, por sua vez, poder) e na era tida como a da informação há uma multidão que dela vem sendo excluída, a formar pessoas alienadas da realidade factual e atomizadas politicamente (despolitizadas). Portanto, permitir que o homem seja realmente informado, é possibilitar que tenha um olhar mais crítico (proativo) e que possa

125 Chantal Mouffe, *op. cit.*

exercer concretamente suas escolhas (autodeterminação e não determinação alheia em si), enfim, é propiciar inclusão cidadã e democrática.

PODER COMUNICACIONAL: IMPRENSA, CONTROLE SOCIAL E DIREITO DE ANTENA COLETIVO

Semanticamente, “informação jornalística” e “imprensa” podem ser empregadas como sinônimas porque representam a forma de exercício do direito de informar. Imprensa pode significar todo produto impresso (jornais, revistas, livros etc.) ou jornais e periódicos de grande circulação, compreensão formada quando da criação da prensa por Gutenberg (1436)¹²⁶.

Com assento constitucional, a imprensa serve a um caro valor outro fundamental que é o direito de obter informação de acordo com a realidade factual. Nesse ponto, a imprensa têm finalidades tais como a proteção da diversidade de opiniões, a procura da verdade, a participação no processo de autodeterminação democrática e enfim.

Seja como for, certo é que sendo um instrumento de poder, dificilmente aqueles que o detém querem dividi-lo, isto é democratizá-lo, até porque há, por detrás disso a lógica da indústria cultural (Adorno e Horkheimer)¹²⁷, ou seja, transformar cultura em mercadoria e domesticar consciências em uma sociedade tida como sendo da informação, mas que a bem da verdade deflagra a sociedade do espetáculo (Debord)¹²⁸.

É um mercado muito lucrativo a envolver grande quantidade de negociantes no processo de difusão da informação impressa, sendo as notícias vistas como mercadoria e se estimulando cada vez mais seu consumo que, crescendo vertiginosamente, propiciou o que se convencionou chamar de “nascimento da sociedade de consumo”.¹²⁹

339

126 Jônatas Machado aponta: “Refira-se que a invenção da imprensa ocorreu no século IX, na China, tendo o primeiro livro sido impresso no século IX. Gutenberg teve o mérito de inventar tipos móveis suficientemente resistentes para uma impressão sistemática”, tal como foi com o livro da Bíblia (1456). *Cf. op. cit.*, p. 48.

127 A expressão “indústria cultural” foi cunhada por Theodor Adorno e Max Horkheimer, conforme explica Marilena Chaui, *Simulacro e poder: uma análise da mídia*, p. 28.

128 Guy Debord, *A sociedade do espetáculo*, p. 14.

129 *Cf.* Asa Briggs e Peter Burke, *op. cit.*, p. 62. Os autores explicam que o surgimento da ideia de propriedade intelectual se refere a esse contexto, sendo uma resposta tanto à emergência de uma sociedade de consumo quanto à difusão da nova tecnologia de impressão, que aceleram a produção e distribuição de livros, sendo, inclusive, que muitos nesta época se acusam mutuamente de roubo ou plágio (caso famoso à época foi a segunda parte de Dom Quixote, 1614, não escrita por Cervantes, mas por um certo “Alvellaneda”), o que também faz eclodir o estímulo à ideia de autoria individual dos trabalhos, reunindo-se nisso a impressão do retrato do autor no frontispício ou apresentando edição de obras reunidas de um autor com sua biografia.

O que havia nascido para levar ao indivíduo conhecimento, ao revés, tem servido para aliená-lo da realidade, sobretudo no campo político no qual a estratégia é fazer com que as pessoas se desencantem por ele (despolitização) para que, sem condições de um juízo crítico (atomizado), possam ser dirigidas “democraticamente”.

A imprensa tem, com frequência, desempenhado funções do Poder Judiciário e do Ministério Público brasileiros, ante um denunciamento vazio (sem justa causa), julgando e condenando publicamente, tanto pessoas, como instituições (inclusive as sub-rogadas neste poder funcional).

Certamente o meio jornalístico foi e é influenciado pelo espírito de Bennett, fundador do jornal *O Herald* (Nova York, 1835), que ambicionou – segundo suas próprias palavras – “fazer da imprensa escrita o grande órgão e pivô do governo, sociedade, comércio, finanças, religião e de toda a civilização humana”.¹³⁰

A noção de controle social vem da ideia segundo a qual não bastam a lei e o Estado, indispensáveis ao bem estar social, mas também um agir social proativo de cada indivíduo, no sentido daquilo que Bucci¹³¹ cita como “escolhas individuais” ao ressaltar que a responsabilidade por transformações éticas fazem parte, também, de iniciativas populares, a exemplo de outros movimentos como a abolição da escravatura, o voto feminino e enfim.

Nessa medida é que se coloca parte da responsabilidade por mudanças no modelo de programação comunicacional, isto é, pelo controle social exercido pelos titulares da opinião pública. Essa é uma ferramenta poderosíssima, servível a manutenção ou a mudança das coisas, isto é, pode ser tanto negativa como positiva.

Controle social, enfim, é a sociedade organizada escolhendo e cobrando uma programação comunicacional de assuntos que são de interesse geral, que verdadeira e fundamentalmente informam os indivíduos (e não só distraem os espectadores, aprisionando-os), assim, propiciando cidadania autêntica.

Uma boa medida, nesse sentido, é o Direito de Antena Coletivo, já existente noutras democracias, a fim de levar ao indivíduo informação relevante e, por isso, indispensável à sua autodeterminação nos assuntos (política, economia, educação e enfim) que possibilitarão com que ele se posicione por si só, que forme sua própria opinião, e não pela opinião publicada-

130 Asa Briggs e Peter Burke, *op. cit.*, p. 193.

131 *Idem, ibidem*, p. 210-211.

manipulada, sem que isso implique necessariamente em quebra ou ruptura de paradigmas, ainda que desejáveis.

Todo o paradigma científico que se levanta é a essência de uma anomalia observada no paradigma anteriormente dominante¹³². A (re)construção da noção científica, deve se dar em razão da dinâmica mutabilidade social, assim, a alta complexidade da sociedade influencia igualmente a dinamicidade (velocidade) da desconstrução e reconstrução dos paradigmas científicos¹³³.

A estrutura científica detém seus paradigmas consolidados até o momento da ruptura. Segundo Thomas KUHN, as noções de ruptura são "aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior"¹³⁴. O novo paradigma deterá as características de ineditismo e incompletude, motivadas pela crise ou emergência de uma nova teoria.

Com relação à informação e seus meios comunicacionais, o ponto de partida de uma virada paradigmática se deu com o processo de racionalização do discurso, até então preso à esfera fechada do discurso teológico dominante (*vera et sola religio*), a contribuir para o desenvolvimento das sociedades modernas que, por sua vez, transformou seus (sub) sistemas sociais (ciência, economia, religião, cultura, educação, etc.).

Como mecanismo fundamental à libertação do discurso — e como meio transformador de todo o tecido social e seus subsistemas que foram se auto-organizando por si só (autopoiese) — tem-se os meios comunicacionais que foram sistematizado (revolução da prensa) a fim de dar maior fluxo à informação. Todavia, como sabido, a esfera do discurso logo passa a ser novamente aprisionada por uma casta elitizada que detém o poder comunicacional (um bem social privatizado).

Com efeito, irrefutável o fato de que o atual modelo estruturante da liberdade comunicacional se encontra desvirtuado (anômalo, pois monista), já que a informação e os meios de comunicação tem escopo social e não particular. O novel modelo liberal trazido pela ruptura com o antigo regime dominante absolutista, agora, demonstra sua insuficiência diante da estrutura baseada nele próprio e que dele se vale como manto protetor para manter o poder

132 Cf. André Trindade, in *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoietica*.

133 Cf. Thomas Kuhn, in *A estrutura das revoluções científicas*.

134 *Idem, ibidem*.

comunicacional a poucos apadrinhados e, com isso, dar continuidade à ideologia de dominação alheia.

Uma liberdade comunicacional realmente socializada-pluralizada é fundamental à esfera pública do discurso, por conseguinte, à auto-organização da sociedade. De acordo com Luhmann¹³⁵, trata-se de “uma operação genuinamente social, indispensável para a estruturação e o funcionamento dos subsistemas sociais”, sendo tamanha a sua importância que fez com que a chamasse de “Deus da modernidade”.

Pense-se, por exemplo, na influência exercida pelas várias esferas do discurso (político, científico, econômico, etc.) sobre seus respectivos espaços destinatários, por meio do poder (meios) comunicacional que, por isso, não pode (ou não poderia) ser centrado a apenas algumas pessoas (física ou jurídica – individual ou coletiva), mas aberto e pluralmente distribuído a todos quantos estão sujeitos às repercussões desse discurso.

Para a opinião pública ser livremente formada, assim, o discurso deve ser aberto e plural, pois se fechado e individualizado ter-se-á opinião privada tornada pública. A opinião pública, isto é, o povo, é elemento crucial para se inferir e aferir o quão democrático é um regime político. Trata-se, tal como um revolucionário francês (Saint-Just), de uma “assembleia compacta das consciências de todos os homens livres e iguais, poderia até mesmo ser portadora da verdade divina”¹³⁶ (a voz do povo é a voz de Deus).

É bem por isso que o pluralismo e a concorrência aparecem — embora carentes de aplicabilidade — como valores estruturantes da comunicação social, em prejuízo da noção estabilizante e oligopolizada, a contribuir para um maior debate de ideias por meio do crescimento do número de sujeitos falantes e participantes em cada um dos subsistemas sociais.

Por tudo isso, sendo o atual modelo comunicacional estruturalmente inadequado à sua finalidade (discurso aberto e plural em prol da informação real formadora de uma opinião realmente livre), imperioso mudar o paradigma. Muito se discute o acesso à informação, sendo de fato acessada, mas pouco se atenta para o fato de que a informação sofre um processo de recolha

135 Niklas Luhmann *apud* Jónatas Machado, *in* *Liberdade de Expressão*. Para Luhmann, ainda, a comunicação “opera a interligação dos subsistemas sociais, possibilitando a participação dos indivíduos no seu funcionamento, constituindo um momento fundamental da abertura e do fechamento de cada sistema relativamente ao seu ambiente, permitindo-lhe reagir aos seus estímulos e irritações”.

136 Cf. Eugênio Bucci, *in* *Sobre ética e imprensa*.

e de veiculação que está concentrado (poder) nas mãos de poucos, que estão a dirigir pensamentos.

Se liberdade é ter autodeterminação¹³⁷, ser livre no pensamento não é só o poder de expressá-lo, mas também a possibilidade de construí-lo livremente, sem manipulação exterior. Por isso, não basta *estar-livre-de (freedom of)* censura, mas *estar-livre-para (freedom to)* participar do processo informativo. Não basta só acessar, mas conhecer e tomar parte da atividade de construção da informação¹³⁸.

A informação só é legitimamente formada pela participação plural, pois “o princípio do discurso assenta na ideia de que os únicos padrões e modos de actuação que podem reivindicar legitimidade são aqueles a que todos os que são por eles afectados poderiam assentir como participantes em discursos racionais¹³⁹”.

Nesse sentir, pluralista, impõe-se que a liberdade-direito aos meios de comunicação seja social e democraticamente aberto, de tal maneira que se tome o espaço até então oligopolizado pela elite comunicacional. É dizer, segundo Mouffe¹⁴⁰, que “a tarefa consiste em lutar contra o poder autocrático sob todas as suas formas, a fim de invadir todos os espaços ainda ocupados por centros de poder não democráticos”.

Para tanto, tem-se como hipótese corretiva à anomalia constatada a consagração de *direitos de acesso* (ou *rights of access*) ou *de emissões por parte de terceiros (third-party access)*, em especial o direito de antena, aos grupos sociais, às entidades ou organizações de carácter público, filantrópico, de defesa da cidadania, dentre outros organismos reconhecidamente de interesse social.

O direito de acessar os meios de comunicação, em nome de uma inclusividade social, tem como núcleo fundante e principiológico a igualdade de oportunidades comunicativas e o pluralismo no direito de expressão. Associado a isso, o objetivo de romper com a estrutura monista na comunicação social e, assim, evitar a consolidação de concepções socialmente dominantes.

137 Para Jean Rivero, *in* *Liberdades Públicas*, liberdade é “um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais”.

138 Para Aluizio Ferreira, *in* *Direito à Informação...*: “Deter informação é questão de sobrevivência tanto individual quanto social e política, esta especialmente, já que política é poder, e o poder, ontem como hoje, depende do acesso à informação, do controle do seu processamento e do conhecimento de como aplicá-lo na tomada de decisões”.

139 Habermas *apud* Jónatas Machado, *in* *Liberdade de Expressão*.

140 Chantal Mouffe, *op. cit.*

Os *direitos de acesso* buscam ampliar a liberdade comunicacional, no sentido de permitir que grupos ou concepções minoritários, não raras vezes marginalizados do discurso, possam ter real desfrute dessa liberdade que é de todos, portanto, merece alargamento a todos os domínios da vida social.

Nessa linha, conforme Machado, os *direitos de acesso* “constituem a extensão natural ao domínio dos meios de comunicação social da clássica doutrina do *forum público*, que preconizava a abertura de espaços públicos à comunicação e à discussão”¹⁴¹.

Especificamente com relação ao *Direito de Antena*, dito como uma das principais formas de direito de acesso aos meios de comunicação, pode ter um alcance mais ou menos ampliado conforme abranja diferentes titulares, vindos de diversos subsistemas de ação social (de natureza política, econômica, social, etc.).

O direito de antena, entre nós, tem reduzidíssimo alcance a abarcar somente a atividade comunicativa dos partidos políticos de acessar, gratuitamente, o rádio e a televisão, conforme parágrafo 3º, artigo 17, da Constituição da República, diferentemente de Portugal, por exemplo, que estende tal direito a outros domínios como organizações sindicais e sociais.

Portanto, estamos diante de um direito de antena singular (apenas um único sujeito), a implicar num reducionismo de valores conformadores da atual quadra constitucional tais como a democracia e o pluralismo, e a ferir uma natural tendência do constitucionalismo atual que é a de alargar o universo dos titulares de direitos, sobretudo os fundamentais, de serem reais participantes dos assuntos de interesse público-geral, isto é, protagonistas e não espectadores.

Pensar democrática e pluralisticamente é olhar para parâmetros de igualdade-equidade que, no direito aos meios comunicacionais, implica até mesmo em um relativizar da liberdade que inspira a livre iniciativa servível como escudo dos grandes conglomerados detentores do poder comunicacional, pois segundo Dworkin¹⁴² (teoria da integridade) o mercado deve se pautar antes pela igualdade e depois pela liberdade. Nesse passo, legitimar-se-ia a atuação estatal na iniciativa privada para regulamentar o acesso aos meios comunicacionais.

Imperioso, assim, a proclamação de um direito de acesso aos meios de comunicação social que seja estendido às entidades privadas ou oficiais, representativas de grupos (de natureza coletiva ou difusa), reconhecidamente de utilidade pública, onde se poderia fazer passar suas

141 Jónatas Machado, *in Liberdade de Expressão*.

142 Ronald Dworkin, *apud* Vera Karam de Chueiri, *in Filosofia do Direito e Modernidade*.

mensagens, de modo livre e gratuito, no rádio e na televisão, a se reservar, para tanto, um tempo mínimo nos respectivos veículos.

Nesse sentir, ter-se-ia um *Direito de Antena Coletivo* que, por todo o exposto e por tudo quanto se extrai da Constituição da República de 1988 acerca da multifuncionalidade e da mult titularidade da liberdade informacional-comunicacional, pode ser doutrinariamente caracterizado por uma nota de fundamentalidade, isto é, “aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”¹⁴³, constitucionalmente considerado, de acordo com as lições de Canotilho e de Alexy.

Pela fundamentalidade formal, entendida como aquela adstrita ao fato de estar formalmente inserida na Constituição escrita e como parte integrante do rol de direitos fundamentais nela proclamados, o direito de antena coletivo teria status de norma constitucional e primazia de direito fundamental, sendo a nossa Lei Maior emendada nesse sentido.

Pela fundamentalidade material, aquela como parte pertencente aos valores constitucionalmente tutelados (no caso, a liberdade especificamente, mas também o pluralismo, a democracia e a informação) que não estão necessariamente ligados à fundamentalidade formal, e que “permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto”¹⁴⁴, segundo Sarlet.

A fundamentalidade do direito de antena coletivo, assim, apresenta-se como indispensável à dignidade do homem, que necessita de informação para se autodeterminar, e nisso, precisa ser participante do processo informacional que, por sua vez, urge ser aberto e pluralizado como antídoto à singularidade que está a ditar o pensamento alheio e a negar a alteridade.

Mais a mais, os direitos fundamentais como um todo, tal como a liberdade comunicacional, gozam de uma cláusula de não taxatividade¹⁴⁵ a implicar que novas dimensões de direitos com tal quilate sejam proclamadas e efetivadas pelo ordenamento jurídico

143 José Joaquim Gomes Canotilho, *in Direito Constitucional*, recepcionando as lições de Robert Alexy.

144 Ingo Wolfgang Sarlet, *in A eficácia dos direitos fundamentais*.

145 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in Constituição da República Portuguesa Anotada (vol. I)*, explicam que a “Revisão de 1997 alargou o direito de antena a outras organizações de âmbito nacional. De uma forma progressiva, alicerça-se a cláusula de não taxatividade relativamente às organizações legitimadas a usufruir do tempo de antena. A razão deste alargamento prende-se com a multifuncionalidade deste direito, o qual deixa de servir apenas à liberdade comunicativa de partidos e organizações económicas, para dar voz também a outras organizações publicamente relevantes (ex: associações religiosas, de defesa do ambiente, associações de defensoras de não discriminação das mulheres, associações de pais, associações de consumidores, etc.)”.

constitucional, de tal sorte que o catálogo se oxigene por uma renovada e desejável ampliação ante as disposições do *Direito de Antena Coletivo*.

Em linhas finas, Direito e Estado não são um fim em si mesmos, mas meios destinados a tutelar o homem em sua dignidade, portanto, à ciência jurídica se impõe o papel de (re)construir paradigmas que atendam aos reclamos sociais, bem assim ao ente estatal se imputa o dever, ora abstencionista ora intervencionista, de concretizar direitos que dignifiquem o homem em sua existência e convívio social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Surgida sob o signo do liberalismo a liberdade de informação não progride de suas bases primitivas para a estrutura prestacional hodierna, com isso, há um descompasso entre os seus sentidos negativo (necessário ao movimento libertário do século XVIII) e positivo (imprescindível à sua efetivação contemporaneamente).

As mídias informativas (em geral a grande mídia: rádio, televisão e jornal), no exercício da liberdade jornalística, têm-se acobertado sob o manto liberal ao difundir que a imprensa livre é condição para uma opinião pública livremente formada, no entanto, o que se está a notar é uma opinião privada tornada pública.

Direito e Estado não são mais tidos como um fim em si mesmo, senão meio de realização da dignidade humana que, inegavelmente, ocupa o centro do pensamento jurídico-social e é valor irradiante de outros tantos indispensáveis à sua realização, tal como a necessidade de informação que, mais do que nunca, é condição para o indivíduo se autodeterminar.

As empresas comunicacionais, dessa maneira, têm a importante missão ou função (política, cultural e, sobretudo, educacional) na sociedade, ao partilhar a informação factual verdadeira, realizando o indivíduo e firmando a democracia. Mas também pode servir, contrariamente, como meio de exclusão social, quando manipula a notícia (desinformação).

É preciso ter em mente que entre os postulados da liberdade de informação, primeiro vem o de ser informado e depois o de informar, e este não é um fim em si mesmo senão meio promovedor da informação factual verdadeira, um dos valores mais caros à dignidade humana e à democracia plural que se deseja.

Democratizar e pluralizar a informação e seus meios de difusão, possibilitando, assim, a distribuição igualitária do conhecimento informativo e a participação de todos no processo de

formação das notícias de interesse geral. Com isso, proporcionar ao indivíduo a compreensão concreta de sua situação existencial e, dessa maneira, poder formar autonomamente suas escolhas e se desenvolver.

Enfim, é de suma relevância à democracia e imprescindível à realização da dignidade humana que, em tempos modernos, Direito e Estado efetivamente regulem o exercício da informação jornalística em prol do direito fundamental à informação factual verdadeira, à medida que em plena era da informação há uma multidão que dela é excluída.

Libertar-se do passado, efetivar o presente para construir o futuro. Liberdade e Democracia, ambas, *à-venir!*

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.

_____. **Contrafogos2**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001.

BUCCI, Eugênio. **Sobre Ética e Imprensa**. 2 ed. 2 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. **Uma História Social da Mídia**. 2 ed. Tradução de Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: ZAHAR Editor, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MACHADO, Jónatas E. M. **Reality Shows e Liberdade de Programação**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada, vol. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007.

CHAUI, Marilena. **Simulacro e Poder: uma análise da mídia**. 1 ed. 1 reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

_____. **Convite à Filosofia**. 13 ed. 7 reimpressão. São Paulo: Ática, 2008.

CHOMSKY, Noam. **Controle da Mídia: os espetaculares feitos da propaganda**. Tradução de Antônio Augusto Fontes. Rio de Janeiro: Grafhia, 2003.

_____. **Segredos, Mentiras e Democracia**. Tradução de Alberigo Loutron. Brasília: UNB, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Curitiba: JM Editora, 1995.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação**. São Paulo: Celso Bastos ed., 1997.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 65. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MANNHEIM, Karl. **Liberdade, poder e planificação democrática**. Tradução de Miguel Mailet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1972.

MARX, Karl. **A Liberdade de Imprensa**. Tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L & PM, 1980.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. 1 ed. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NOVAES. Aduato. **O Averso da Liberdade**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

RIVERO, Jean. **Liberdades Públicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. **Informação, Direito e Verdade: regulação constitucional da imprensa**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIREITO À SAÚDE: A OBSERVÂNCIA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

RIGHT TO HEALTH: THE OBSERVANCE OF THE DISTRIBUTION OF ADMINISTRATIVE COMPETENCES AS REFERENCE FOR JUDICIAL ACTION

*Julia Giglini PEIXOTO*¹⁴⁶

*Lorena Saleme ORLANDO*¹⁴⁷

RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar o equívoco na interpretação do direito à saúde como uma obrigação solidária imputada aos três entes federativos. Embora o reconhecimento da solidariedade seja o entendimento majoritário nos tribunais, a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde, em momento algum, consagram essa responsabilidade solidária. Esta pesquisa propõe o conhecimento da legislação atinente ao Sistema Único de Saúde como meio de o Poder Judiciário condenar, corretamente, o ente federativo omissor na disponibilização de determinado tratamento e/ou medicamento. Importante consignar que não se trata de uma tentativa de negar a concretização de um direito fundamental social, mas sim de viabilizar que o atendimento em questão seja prestado pelo ente que detém a respectiva competência, previamente estabelecida pela Lei nº 8.080/1990 e pelas normas editadas pelo Ministério da Saúde. O respeito ao estipulado pela legislação pertinente proporcionará uma adequada atuação jurisdicional, condizente com as diretrizes instituídas pela Administração Pública, pois não atribuirá um excessivo ônus a ente federativo diverso do que deveria ter sido demandado.

349

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental social. Sistema Único de Saúde. Responsabilidade solidária. Atuação jurisdicional.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the misunderstanding in interpretation of right to health as a joint and several obligation imputed to the three federal entities. Although the recognition of joint obligation be the prevailing position in the courts, the Constitution and Law number 8.080/1990, which regulates the Unified Health System, didn't enshrine this joint and several liability. This research proposes the aware of the relevant legislation to the Unified Health System as a way of Judiciary Power condemn, properly, the inert federal entity in providing prescribed treatment and/or medicines. This is not an attempt to deny the fulfillment of a fundamental social right, but

¹⁴⁶ Estudante de Graduação – UENP.

¹⁴⁷ Estudante de Graduação – UENP.

to enable this service be provided by the entity that holds the competence, previously established by Law number 8.080/1990 and the rules edited by the Ministry of Health. Respecting the legislation will provide an adequate judicial action, in agreement with the guidelines established by the public administration because they do not assign an excessive burden to several federal entity than it should have been prosecuted.

KEYWORDS: Social fundamental rights. Unified Health System. Joint and several liability.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental social previsto no artigo 6º, da Constituição Federal, cuja efetivação depende de políticas públicas implementadas pelo Estado *lato sensu*, que possibilitem o acesso igualitário e universal, conforme estabelece o artigo 196, da Carta Magna. Sendo assim, a saúde pública está organizada em uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui o Sistema Único de Saúde, que segundo o artigo 198, da Constituição Federal, deve ser prestada de forma descentralizada e integral.

Com a finalidade de regulamentar a estrutura do Sistema Único de Saúde e o modo como ocorreria a execução das ações e serviços de saúde, foi promulgada a Lei nº 8.080/1990 que prevê a organização e o funcionamento da prestação de saúde pública. Nos artigos 16 a 19, da mencionada lei, há a repartição de competências entre os entes federativos, as quais serão examinadas neste estudo.

A partir da criação do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, adotou a tese de que é solidária a responsabilidade dos entes federados, com fundamento na possibilidade de propositura de ação judicial em face do Município, Estado e/ou União, podendo o autor da demanda optar por qual ente público ocupará o polo passivo da demanda, sendo certo que o gestor que figurar como réu será, invariavelmente, o condenado.

Essa discricionariedade desconsidera toda a estrutura administrativa do Sistema Único de Saúde, elaborada com base na capacidade econômica de cada ente federativo, pois o órgão julgador se sobrepõe a todas as regras administrativas de distribuição de competências e determina o cumprimento de obrigações, como o fornecimento de medicamentos ou a

disponibilização de tratamentos médicos, que extrapolam os limites previamente delineados pela Lei nº 8.080/1990.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a organização da prestação dos serviços de saúde pública e rechaçar a tese que reconhece a responsabilidade solidária entre Município, Estado e União, uma vez que, além da Lei nº 8.080/1990, há diversas normas editadas pelo Ministério da Saúde que indicam a qual gestor pertence determinada responsabilidade.

Desse modo, este trabalho se justifica pela necessidade de reflexão sobre a atuação judicial que, habitualmente, pretere os parâmetros definidos pelo Sistema Único de Saúde e apenas realiza um exame superficial da questão, decidindo exclusivamente com fundamento no argumento da solidariedade entre os entes federados.

Acredita-se que a observância do regramento que institui a competência de cada um dos gestores permite que se identifique o ente federativo responsável por uma específica prestação e possibilite ao julgador prestar uma tutela dotada de maior efetividade, sem que incorra em uma indevida ingerência nos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, sustenta-se a necessidade de alteração da interpretação que declara a responsabilidade solidária de todos os entes federados no que tange ao direito à saúde. Isso porque, em verdade, a Constituição Federal, em seu artigo 196, ao dispor que a saúde é dever do Estado, almejou ressaltar que todos os gestores devem garantir o acesso à saúde pública, mas não que todos detêm idênticas responsabilidades na entrega de medicamento e fornecimento de tratamentos médicos.

A elaboração deste trabalho terá como parâmetro o método dedutivo, pois a pesquisa está amparada em doutrina atinente ao tema. Para tanto, serão consultadas as principais fontes do Direito, consistentes na lei, doutrina e jurisprudência. Assim, com o intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, haverá a seleção de obras relativas aos direitos fundamentais, especialmente sobre o direito à saúde, em bibliotecas universitárias, bem como a pesquisa em acervo bibliográfico particular. Pretende-se, também, a consulta a artigos científicos e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

Portanto, este trabalho visa a refutar a percepção distorcida acerca das responsabilidades dos entes federativos na efetivação do direito à saúde, além de tecer considerações acerca da importância de se compreender a repartição de competências administrativas para uma adequada tutela jurisdicional.

1. A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O direito à saúde é direito fundamental e possui caráter eminentemente histórico, ou seja, sua construção e tutela deu-se de forma paulatina, fruto de esforços hercúleos empreendidos pela sociedade.

Luís Roberto Barroso (2008, p. 10), ao discorrer sobre os direitos fundamentais, aponta que:

Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

352

O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais tem como principal marco histórico a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776), Constituição dos Estados Unidos (1787) e, principalmente, a Revolução Francesa (1789), de índole liberal.

Fatigados pelos abusos e intromissões arbitrárias do soberano, a sociedade clamava por liberdade, almejando uma maior autonomia dos cidadãos frente ao déspota. Exigia-se do Estado tão somente que protegesse as liberdades individuais, os contratos e a ordem pública. Por tais razões é que a incorporação destes ideais e o conspectivo surgimento do Estado liberal tinham um

feito fortemente estático e conservador, pois não se pretendia a construção de uma nova sociedade – desejava-se apenas o respeito às liberdades individuais, nítido ideal burguês (COMPARATO, 1989, p. 93).

Como afirma Bonavides, a Revolução Francesa era, em verdade, uma revolução da burguesia, que realizou sua própria pauta de reivindicações e universalizou-a como sendo necessidades de todas as classes – mas sempre resguardando determinados privilégios para si, como o direito ao voto (BONAVIDES, 2001, p. 72).

Buscava-se, por via oblíqua, uma igualdade formal dos cidadãos. Entretanto, as revoluções industriais e o cenário pós-guerra evidenciaram que essa liberdade pura e simples não era suficiente para proporcionar uma vida digna aos cidadãos. Neste cenário de desigualdade crescente e concentrações de poder econômico é que tornou comprometida a ideologia de igualdade de oportunidades.

Em razão disto, fez-se necessária a positivação dos direitos sociais, almejando uma atuação efetiva do Estado, na prestação de serviços e bens aos seus cidadãos, como forma de implementar uma sociedade mais justa e igualitária.

A visão dos direitos, através de uma perspectiva social, começou a ser incorporada nas Constituições Mexicana (1917) e Espanhola (1931), bem como na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da ora República Soviética Russa (1918)¹⁴⁸. Elas buscavam a ruptura com o então Estado liberal e a implementação do Estado Social, de cunho intervencionista. Com isto, acreditava-se possível a implementação de um Estado que, de forma efetiva, tivesse como objetivo garantir dignidade aos seus cidadãos e distribuição de riquezas.

Os direitos sociais são legitimados pelos seguintes fundamentos jurídicos, quais sejam:

148 A Constituição Alemã de Weimer (1919), ainda que muito mencionada pela positivação de direitos sociais, não foi aqui elencada pois, como assevera Pieroth, “o direito à vida e à inviolabilidade do corpo humano não tem antecedentes na história constitucional alemã. É uma reação aos crimes cometidos no período nacional-socialista (“a exterminação dos judeus”, extermínio da vida “sem valor rácico” ou “de pouco valor”, esterilizações sob coação, experiências sob coação em seres humanos vivos, torturas)” (2012).

a) a função de assegurar a liberdade, na medida em que esses direitos constituem uma condição fundamental para o exercício da liberdade individual, já que a liberdade jurídica pode cair no vazio se faltam os seus pressupostos fáticos[...];

b) a função de assegurar a democracia, pois não são apenas condição da liberdade individual e garantes de sua defesa, mas igualmente condição e garantes da participação no processo geral de produção legislativa do Direito [...];

c) a função de assegurar a paz: Os direitos humanos sociais possuem, além de assegurar a paz, a função de velar por ela no interior da sociedade, visto que “a redução paulatina de uma grande multidão para abaixo de um certo nível de subsistência [...] produz o crescimento da plebe” e conduziu a uma situação “da qual grandes reviravoltas certamente resultaram” [...];

d) a função de tratamento igualitário: Os direitos humanos sociais visam, por fim, a uma relativização de situações de desequilíbrio e a uma equiparação material dos cidadãos [...];

e) função de proteção da dignidade humana: [...]. Substancialmente, a proteção da dignidade humana exige que os cidadãos sejam preservados diante dos perigos da exploração e da opressão e que sejam criados os pressupostos que ponham a salvo a integridade corporal e espiritual (NEUNER, 2009, p. 23-27).

354

Este foi o campo fértil para florescer o direito à educação, proteção ao trabalhador, seguridade e assistência sociais, moradia e, evidentemente, o direito à saúde. Todos estes direitos buscam implementar, a sua maneira, a igualdade material e objetivam uma maior distribuição de riqueza, de modo a garantir um mínimo existencial (*minimum core obligation*), a ser concretizado de forma progressiva – e sem retrocessos sociais – conforme as reais possibilidades financeiras do Estado.

O direito à saúde deve ser compreendido, conforme determinação da Organização Mundial da Saúde - OMS, como “the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 9). Este mesmo documento afirma, ainda, que o direito à saúde, ainda que direito prestacional,

também compreende liberdades, quais sejam “the right to be free from non-consensual medical treatment, such as medical experiments and research or forced sterilization, and to be free from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 3).

Sendo assim, é um direito inclusivo, que vai além de acesso ao sistema de saúde, medicamentos, tratamentos hospitalares, incluindo também água potável, saneamento básico, alimentação balanceada, condições de ambiente de trabalho adequadas e igualdade de gênero.

Em decorrência de sua essencialidade e potencialidade para assegurar a igualdade material é que os Estados devem garantir o direito à saúde, observando ao menos seu núcleo mínimo existencial – denominado *minimum core obligation*. Este refere-se à prestação mínima que uma nação deve conferir aos seus cidadãos, como sendo o conteúdo intangível do qual não se pode dispor para conferir o mínimo de dignidade humana. Este ideal vem previsto no artigo 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assim dispõe:

355

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Este artigo deve, todavia, ser interpretado sob a ótica do parágrafo 10 do Comentário Geral nº 3, para que seja atingida a gramática necessária para a compreensão do tema:

[...] o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [*minimum core obligation*] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados

médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, prima facie, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas [minimum core obligation], seria ele completamente privado de *raison d'être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O art. 2º (1) obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias 'até o máximo de seus recursos disponíveis'. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas (GOTTI, 2012, p. 77).

Ao ensejo, o Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais da ONU sublinhou que fazem parte deste rol de obrigações mínimas do Estado:

356

- The right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;
- Access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe;
- Access to shelter, housing and sanitation and an adequate supply of safe drinking water;
- The provision of essential drugs;
- Equitable distribution of all health facilities, goods and services. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 25).

Para a implementação deste direito, o Estado recai em obrigações de três ordens, quais sejam, obrigações de respeitar, proteger e realizar. A primeira corresponde à abstenção de interferir direta ou indiretamente no direito à saúde. A obrigação de proteger, por sua vez, compreende o dever do Estado de prevenir terceiros de interferir no direito à saúde de outros. Por

derradeiro, impõe-se ao Estado a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais, promocionais e outras medidas para implementar este direito (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 25-26).

À guisa do exposto, observa-se que o *minimum core obligation* é a prestação mínima que o Estado deve fornecer ao seu povo. Dada sua essencialidade, não se pode opor a esse núcleo intangível a alegação de reserva do possível, sob pena de ser responsabilizado por violação dos direitos humanos – inclusive no plano internacional.

Não se pode retroceder na garantia destes direitos, pelo contrário, deve-se perscrutar sua implementação progressiva.

O princípio da vedação do retrocesso impõe que os direitos sociais – tanto na seara legislativa, como na implementação de políticas públicas – devem ser concretizados de forma progressiva, sem pioras ou despojamento daquelas prestações e garantias auferidas e consagradas em prol da comunidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 451) defende que este é um princípio constitucional implícito decorrente de:

- a) princípio do Estado Democrático e Social de Direito – que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica;
- b) princípio da dignidade da pessoa humana – que, ao exigir a satisfação de uma existência digna para todos, tem, como efeito, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) –, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais;
- d) a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito não é suficiente para assegurar todas as situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que decorre do art. 5º, caput, e do princípio do Estado Social e Democrático de Direito;

e) os órgãos estatais, especialmente em respeito à segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores;

f) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria admitir que os órgãos legislativos dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte.

Deste modo, deve-se buscar a maior eficácia dos direitos fundamentais, pautando-se nos princípios do Estado democrático de direitos e dignidade da pessoa humana, de modo a proteger o direito adquirido e conferir segurança jurídica aos cidadãos, frente às eventuais arbitrariedades estatais.

As medidas regressivas podem vir a ser adotadas, de forma excepcional – mas sempre sem atingir o *minimum core obligation*. Nesta conjuntura, o Estado deverá, sob “à luz da inversão do ônus da prova e do princípio *in dubio pro justitia socialis*, demonstrar efetivamente que a medida foi adotada em um contexto de força maior” (GOTTI, 2012, p. 156).

Sendo assim, compete ao Estado comprovar a necessidade de se tomar esta atitude involutiva, como via para proteção da totalidade dos demais direitos sociais – ainda que haja retrocesso a um direito analisado de forma individualizada, deve-se demonstrar que todas as possibilidades foram examinadas, sendo a medida escolhida a menos danosa e que os recursos foram utilizados dentro da sua disponibilidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 109-110).

Aliado a isto, tem-se também a “reserva do possível”, que atrela a possibilidade de realização dos direitos sociais à disponibilidade orçamentária do ente federativo responsável pela implementação de determinadas políticas públicas.

Ana Paula de Barcellos aponta duas facetas da reserva do possível, a saber: a) fática, relativa à ausência real de recursos (esgotamento orçamentário); b) jurídica, que corresponde à inexistência de autorização orçamentária para determinada despesa (2008, p. 261-263).

Não se trata, aqui, de condicionar a eficácia destes direitos à existência de Erário para custeá-los. Entretanto, deve-se ter em mente que o Estado não pode ser visto como segurador

universal para a infinidade de necessidades particulares de cada indivíduo. Deste modo, elegem-se políticas assistenciais básicas a serem implementadas em prol de toda a comunidade, em conformidade com as reais possibilidades econômicas e financeiras, com intuito de garantir o mínimo existencial e dignidade humana.

Esta limitação advém, inclusive, no bojo da própria Constituição Federal, ao repartir as competências tributárias. Sendo limitadas as receitas de cada ente federativo, o mesmo deverá ser feito com a previsão das despesas em políticas públicas de saúde.

Tendo em vista que os recursos são findos e as necessidades humanas são constantes, competiu, então, ao legislador infraconstitucional, por intermédio da Lei n. 8.080/1990 (que disciplina o Sistema Único de Saúde - SUS), a repartição das competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a promoção do direito à saúde, em conformidade com suas limitações financeiras e orçamentárias, de modo a determinar as políticas públicas a serem implementadas por cada órgão, sem que os demais direitos fundamentais sejam cerceados.

2. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

Após delinear os principais aspectos do direito à saúde, passa-se a analisar os dispositivos constitucionais e legais atinentes à responsabilidade de cada ente federado no tocante à saúde pública.

O direito à saúde é um direito prestacional, pois exige do Poder Público ações que o concretizem, o que ocorre por meio da alocação de recursos humanos e materiais. No entanto, a escassez de recursos orçamentários exige a eleição de prioridades, mesmo na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Não se pode olvidar que a saúde está diretamente vinculada ao direito à vida e, dada a sua relevância, a Constituição Federal trata do direito à saúde em seção específica. Oportuno observar a literalidade do artigo 196, o qual sempre é invocado para fundamentar a teoria da solidariedade entre os entes federativos: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sobre a norma em questão, assevera Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 81-82):

O dispositivo mostra-se imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social que vise ao bem-estar de todos aqueles que estiverem no território nacional, contemplando o princípio da isonomia. Desta maneira, torna-se evidente a função precípua do Estado atuar visando ao bem-estar da população, no que tange ao direito, constitucionalmente consagrado à saúde.

Como se denota, a efetivação do direito à saúde cabe a todos os entes federativos, todavia, em momento algum, o artigo 196 declara a solidariedade entre União, Estado, Distrito Federal e Município no sentido usualmente utilizado pelo Poder Judiciário, qual seja, de que a todos os entes, indistintamente, deve ser atribuída a responsabilidade pela prestação de qualquer espécie de tratamento médico ou disponibilização de medicamento.

360

Com efeito, a Constituição assegura a saúde como um direito fundamental social e, em virtude de integrar o mínimo existencial a uma vida digna, deve ser garantida pelo Estado, que abrange os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem articular ações que visem à concretização do aludido direito fundamental.

No tocante à competência legislativa, o artigo 24, XII, da Constituição Federal estabelece que compete à União, Estados e Distrito Federal legislarem de modo concorrente sobre o direito à saúde, sem prejuízo do disposto no artigo 30, I e II, que autoriza que os Municípios legislem sobre assuntos de interesse local, bem como suplementem a legislação federal e estadual no que couber. Sendo assim, o Sistema Único de Saúde adveio dessa previsão constitucional acerca da necessidade de se instituir um sistema capaz de prestar assistência à saúde em todo o território nacional.

Nessa perspectiva, ensina Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 86):

Por conseguinte, é de competência: da União legislar sobre normas gerais de saúde; dos Estados legislarem de forma suplementar; dos Municípios, em termos locais acerca de matéria de saúde, compondo desta maneira um sistema único com cooperação entre todos os entes da federação.

Esta forma de distribuição de competências nos parece a mais adequada em um federalismo, como no contexto brasileiro, pois atribuir à União a competência para legislar em normas gerais compreende realmente o objetivo desta, vez que irá apenas acenar para as formas com que os demais entes federativos devam seguir e, portanto estes entes, dentro desta esfera de atuação, poderão legislar de forma a melhor efetivar o direito à saúde dentro de seu limite territorial.

Destarte, a Lei nº 8.080/1990 foi editada pela União para disciplinar a representação de cada ente federado dentro do Sistema Único de Saúde, a fim de que fossem delineados os limites dentro dos quais pudessem legislar.

Com relação à competência administrativa ou material, o artigo 23, II, da Constituição Federal estabelece ser ela comum, ou seja, deve haver a colaboração para a execução das ações referentes à saúde. Ademais, a literalidade do artigo 30, VII, da Carta Magna reitera que os Municípios também são responsáveis pela execução de serviços de atendimento à saúde, mediante a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

A respeito do tema, elucida Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 89):

A competência material, dentro do âmbito nacional, não está adstrita a um único ente federativo, mas sim a todos os entes da federação, ou seja, todos os entes têm a competência material no que se refere ao direito fundamental à saúde.

Com isso temos que saúde é obrigação tanto da União, como do Estado. Distrito Federal e dos Municípios, sendo que neste momento houve por parte do constituinte, um excesso de zelo e, ao mesmo tempo, uma tentativa para que não houvesse obstáculo algum no cumprimento ao direito à saúde, em função de algum dos entes federativos se eximirem do cumprimento de sua obrigação (competência material).

Contudo, cumpre salientar que não obstante o cotejo dos aludidos dispositivos constitucionais conduza à conclusão de que o modelo brasileiro de saúde pública impõe a cooperação de todos os entes federativos na execução das ações atinentes ao direito à saúde, é equivocada o entendimento de que, por ser uma competência concorrente e comum, deve a saúde ser compreendida como uma obrigação solidária a ser efetuada, indistintamente, por todas as esferas do Poder Público. Isso porque a Lei nº 8.080/1990 e diversas normas editadas pelo Ministério da Saúde indicam a qual gestor pertence determinada responsabilidade, sendo certo que os Estados e Municípios também legislam e atuam, de acordo com as diretrizes fixadas pela União.

Mister consignar que a Constituição Federal buscou resguardar a concretização do direito fundamental à saúde, com a previsão da atuação conjunta de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a evitar que qualquer dos entes se eximisse da responsabilidade de efetivar esse direito. Oportuno se torna dizer que o mandamento constitucional, em momento algum, asseverou que todos os entes federados devem disponibilizar todos os tratamentos médicos, sem a necessidade de observar as regras de repartição de competências, as quais foram criadas com base na capacidade financeira de cada um. Vale dizer que a previsão constitucional de competência administrativa comum não importa que todos os entes federativos devam fornecer todas as espécies de medicamentos ou disponibilizar todos os tratamentos, independentemente de sua complexidade e custo.

Insta frisar, aliás, que o constituinte não utilizou o termo solidariedade para tratar do direito à saúde, mas tão somente almejou enfatizar a sua relevância e imputou a todas as esferas a adoção de medidas que garantam o direito à saúde. A tese que sustenta a responsabilidade solidária vai além do que dispõe o texto da Constituição, uma vez que presume a existência de solidariedade, o que é vedado pelo artigo 265, do Código Civil: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Convém mencionar o conceito de solidariedade previsto no artigo 264, do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Desse modo, constata-se que o

entendimento que assevera a solidariedade na efetivação do direito à saúde vai de encontro ao que pretendeu a legislação que disciplina o SUS, tornando-a inócua, pois o Sistema Único de Saúde está ordenado em uma rede regionalizada e hierarquizada, que distribui a execução das ações de saúde.

Como se depreende, reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federados consiste em desconsiderar toda a legislação do SUS e atribuir encargos demasiadamente onerosos a uma esfera em detrimento da outra, em total desconformidade com a intenção do constituinte e do legislador infraconstitucional, que almejaram promover o direito à saúde e não o tornar uma obrigação desproporcional à capacidade financeira dos gestores, a qual pode ser compreendida pela análise dos percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em saúde, conforme estabelece o artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma (2008, p. 17):

No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Importante assinalar que a Lei nº 8.080/90 traz apenas diretrizes para a organização dos serviços de saúde, sendo imprescindível o conhecimento das normas de repartição de competências fixadas em Portarias do Ministério da Saúde, sem prejuízo de atos normativos expedidos pelos gestores estaduais e municipais.

De tal sorte que há a necessidade de todos os operadores do Direito conhecerem as principais normas que regem o funcionamento do Sistema Único de Saúde, dentre as quais se destacam a RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, RENASES - Relação

Nacional de Ações e Serviços de Saúde, que abordam, respectivamente, os medicamentos e procedimentos disponibilizados pelo SUS, bem como as Normas Operacionais Básicas, Normas Operacionais de Assistência à Saúde, as Portarias do Ministério da Saúde, notadamente a de nº 1.554/2013 (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica) e seus anexos, regramentos estes que distribuem entre os gestores a responsabilidade pelo fornecimento dos fármacos indicados para a referida linha de tratamento, além da Portaria nº 2.084/2005, que trata da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Importante consignar, também, que os mencionados atos normativos são revisados periodicamente, a fim de inserir e/ou excluir medicamentos ou procedimentos da seara da saúde pública. Em virtude disso, é imperioso enfatizar a importância de advogados, promotores e magistrados analisarem o regramento do SUS, com a finalidade de demandarem o ente federativo realmente omissos ou que atue de forma insuficiente, dentro da estrutura proposta pela Lei nº 8.080/1990 e atos normativos que a complementam, sob pena de o Poder Judiciário incorrer em indevida ingerência no Legislativo e no Executivo.

Aliás, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada de Direito da Saúde, com o intuito de discutir questões atinentes ao direito à saúde e auxiliar a atuação dos operadores do Direito. Na oportunidade, aprovou o enunciado 8, que corrobora o delineado: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”.

Portanto, ante as considerações tecidas, não se sustenta uma responsabilidade solidária dos entes federativos, pois o Sistema Único de Saúde deve ser concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada, na qual cada gestor detém competências específicas e determinadas pela legislação que disciplina o SUS. Sendo assim, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em desacordo com os ditames da Lei nº 8.080/1990 e atos normativos expedidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios tornam inócua a organização do sistema, além de imputar a ente diverso a obrigação de fornecer um medicamento ou disponibilizar um procedimento, desrespeitando a capacidade financeira desse ente federativo.

3. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL PAUTADA NA POLÍTICA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Demonstrados alguns dos argumentos contrários à admissão da responsabilidade solidária entre os entes federativos no tocante ao direito à saúde, passa-se a analisar os aspectos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para que haja uma adequada tutela da saúde, mediante a aplicação conjugada dos preceitos legais que regem o Sistema Único de Saúde.

Desde a implementação do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário tutela o direito à saúde por meio de determinações à Administração Pública para que disponibilize todos os tipos de medicamentos e procedimentos ao jurisdicionado. Essa intervenção judicial está amparada na força normativa da Constituição, todavia, ela necessita estar pautada em critérios para que, de fato, haja a promoção dos direitos fundamentais de todos e não somente daqueles que buscam o Poder Judiciário.

Convém ressaltar que cabe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a promoção dos direitos fundamentais, sendo certo que o Judiciário deve atuar nas hipóteses de omissão na criação ou efetivação de políticas públicas de saúde. De tal sorte que o Poder Judiciário está legitimado a exercer o controle apenas da legalidade dos atos administrativos, de modo que não há qualquer espécie de ilegalidade a ser sanada no caso de um ente federativo alegar ser incompetente para disponibilizar o tratamento médico pleiteado e indicar o gestor responsável, pois essa conduta está em consonância com os ditames da legislação do Sistema Único de Saúde.

A propósito, é a lição de Luís Roberto Barroso (2008, p. 11):

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver

atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Consoante delineado anteriormente, a Constituição atribuiu competência administrativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que significa que todos devem executar políticas de saúde, mediante cooperação. No entanto, os magistrados compreendem a competência comum como sinônimo de responsabilidade solidária, que, em verdade, são institutos distintos.

Sob essa ótica, Luís Roberto Barroso preconiza (2008, p. 15):

A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Nessa seara, vale dizer:

Nas demandas judiciais para o acesso às ações e serviços de saúde é necessário ponderar sobre a existência de normas de repartição da competência entre os gestores, para que se possa fixar a responsabilidade de cada gestor.

Um entendimento inflexível quanto à solidariedade atenta contra os princípios e diretrizes **da eficiência** da administração pública, **da descentralização político-administrativa**, **da regionalização e hierarquização** da rede de serviços de saúde, todos contemplados constitucionalmente (GEBRAN NETO, DRESCH, 2013, p. 18, grifos dos autores).

Com efeito, a atuação jurisdicional deve se atentar à repartição de competências estabelecida pelo Sistema Único de Saúde, de modo que a previsão constitucional de competência comum não importa que todos os entes federativos devam fornecer todos os tipos de medicamentos ou disponibilizar todos os tratamentos, independentemente de sua complexidade e custo. Isso porque o Sistema Único de Saúde é regido pela Lei nº 8.080/1990 e implementado por diversos atos normativos expedidos pelos gestores.

Corroborando o exposto o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 20):

Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.

367

No mesmo sentido:

Não se olvida que o direito à saúde tem assento constitucional, não sendo exigível que a sua fruição se perca nos muitos escaninhos existentes no serviço público. Entretanto, também deve ser valorizada a opção legislativa daqueles democraticamente eleitos para o estabelecimento de políticas públicas as quais devem, segundo as possibilidades financeiras e políticas, organizar a prestação do serviço, de modo a distribuir equitativamente os direitos prestacionais sociais, analisando as necessidades e elegendo prioridades, de modo a maximizar a eficácia, a isonomia e a economicidade da política pública de saúde.

Se, dentro do quadro constitucional, foi organizado pelo legislador infraconstitucional o modo de prestação material deste direito fundamental, deve ser concedida pelo Poder Judiciário deferência a esta

política pública, desde que atendidos os demais preceitos constitucionais (GEBRAN NETO, DRESCH, 2013, p.6)

Destarte, a atividade jurisdicional deve ter como parâmetros as opções formuladas pelo Legislativo e pelo Executivo, sob pena de incorrer na prevalência da microjustiça sobre a macrojustiça, isto é, tutelar os interesses de um indivíduo em detrimento dos direitos das demais pessoas, desconsiderando a estrutura de ações e serviços de saúde construída pelos gestores.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2008, p. 23):

Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

368

Cumprido salientar a necessidade de serem utilizados critérios que tornem racional e uniforme a atuação judicial nos casos relativos ao direito à saúde, uma vez que o Poder Judiciário é uníssono em afirmar, ao interpretar o artigo 196, da Constituição, que a responsabilidade é solidária, quando, em verdade, trata-se tão somente de competência administrativa comum aos entes federativos a prestação de serviços públicos de saúde, dentro de um rol de responsabilidades previamente pactuadas pelo sistema.

Nessa perspectiva, ensina Luís Roberto Barroso (2008, p. 34, grifo do autor):

Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los

solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por este ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

A título de argumentação, o direito à educação também é um direito social fundamental, cuja competência administrativa é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 23, V, da Constituição. Frise-se, ainda, que o artigo 205 assinala, com gramática análoga ao artigo 196, da Constituição, que a educação é direito de todos e dever do Estado. No entanto, ao contrário do direito à saúde, os operadores do Direito se pautam nas disposições da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e compreendem que há a repartição de competências na disponibilização da educação pública. Contudo, inexplicavelmente, raciocínio diverso é aplicado nas demandas que versam sobre saúde.

369

Com efeito, Luís Roberto Barroso estabelece alguns parâmetros para uma tutela jurisdicional racional e uniforme: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, sendo que: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo, d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida; quanto à legitimação, o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido (2008, p. 32-34).

Os parâmetros mencionados por Luís Roberto Barroso são essenciais para operacionalizar o Sistema Único de Saúde nos moldes fixados pelos entes federativos, pois visam a uniformizar as decisões sobre litígios que envolvem o direito à saúde e conter o impacto nos orçamentos públicos, os quais, normalmente, são compelidos a arcar com tratamentos de

responsabilidade de outro gestor ou, ainda, disponibilizar fármacos ou procedimentos médicos não constantes das listas oficiais dos entes federativos, elaboradas com fundamento em estudos que comprovem a eficácia do tratamento e em suas limitações orçamentárias.

Interessante acentuar o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 28):

Presume-se que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Vale destacar, outrossim, que o referido autor, ao tratar da questão da judicialização da saúde, pondera que não poderia haver interferência casuística do Judiciário no fornecimento de tratamentos que não constem de lista oficial (2008, p. 30), no entanto, ressalva que o rol de medicamentos e procedimentos das listas pode ser modificado, por meio discussão em sede de ações coletivas, cujas sentenças trarão benefícios a maior número de indivíduos, garantindo-se a igualdade e a universalidade no atendimento.

Segundo o Ministro Barroso (2008, p. 32):

Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Judiciário estructure seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

A Lei nº 8.080/1990, que estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde, cria regras mínimas de organização e hierarquia entre os órgãos de saúde federais, estaduais e municipais, com o objetivo de não sobrecarregar as unidades federadas menos abastadas – no caso, os Municípios – com a manutenção de programas que envolvam procedimentos de média e alta

complexidade, bem como de alto custo, os quais poderiam prejudicar o atendimento aos programas de atenção básica à saúde.

Não obstante os operadores do Direito, especialmente os magistrados, mostrem-se relutantes à observância das regras de repartição de competências estabelecidas pelo SUS, o Conselho Nacional de Justiça tem orientado, por meio dos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito da Saúde, a atividade jurisdicional, a fim de conter eventuais distorções no momento de julgar demandas atinentes à saúde. Insta frisar que os enunciados não possuem efeito vinculante, pois apenas consistem em vetores interpretativos para a resolução dos problemas referentes à judicialização do direito à saúde.

Com relação à necessidade de o Poder Judiciário compreender que as listas oficiais foram elaboradas com fundamentos em estudos científicos e, por essa razão, devem amparar as decisões judiciais, a I Jornada de Direito de Saúde aprovou os enunciados nº 12 e 14, respectivamente, os quais privilegiam as políticas públicas de saúde implementadas:

371

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses, e fazendo referência também à situação do registro na Anvisa.

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Consoante demonstrado, o conhecimento do funcionamento da estrutura do Sistema Único de Saúde depende da análise das listas oficiais de tratamentos médicos elaboradas pelos

gestores, além dos atos normativos periodicamente expedidos, os quais indicam a qual ente federativo deve ser imputada a responsabilidade em cada caso.

Corroboram Luís Roberto Barroso (2008, p. 34-35):

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição, do polo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

372

Em virtude disso, sempre que houver dúvida quanto à competência para a disponibilização do tratamento, o magistrado poderá determinar a apresentação de informações detalhadas ao gestor do SUS. Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 13, da I Jornada de Direito da Saúde:

Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

Para evitar a excessiva ingerência do Judiciário, os advogados e demais operadores do Direito também devem conhecer a estrutura do Sistema Único de Saúde e direcionar a demanda ao ente federativo responsável pela prestação do procedimento médico pleiteado. Isso porque, consoante explanado anteriormente, não há que se afirmar a existência de uma responsabilidade

solidária, mas tão somente a obrigação de todos os entes implementarem políticas públicas para a efetivação do direito à saúde.

De tal sorte que as decisões judiciais que desprezam o conteúdo das regras do SUS acarretam o indevido deslocamento de verba de um ente, que já possui as suas atribuições dentro da rede pública de saúde, para suprir as omissões de outros gestores que não utilizam o seu orçamento para a consecução dos objetivos que lhe foram estipulados pela sistemática de saúde pública, mediante prévia análise de suas condições administrativas e financeiras. Nesse viés:

Observa-se que o crescente número de ações judiciais propostas com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público tem sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos [...].

Em âmbito estadual e municipal, a situação é semelhante, havendo inúmeros exemplos de entes municipais que tiveram toda a sua verba de saúde aplicada em um único atendimento determinado pela via judicial. Ainda, pela facilidade com que vem sendo obtidos medicamentos pela via judicial, é favorecido o surgimento de uma enorme variedade de fraudes e a criação de necessidades inexistentes e artificiais, com apoio do lobby da indústria farmacêutica, contrariando a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) para o uso racional de medicamentos.

A preocupação dos gestores de saúde com a “Judicialização do SUS” vai além do impacto financeiro, mas, conforme já exposto neste ensaio, gera a desorganização e desestruturação de todo um sistema, com claro prejuízo às determinações públicas de saúde (SOUZA; MATTOS, 2011, p. 253).

Portanto, é evidente que, além da legislação atinente ao Sistema Único de Saúde, o próprio Conselho Nacional de Justiça estabelece parâmetros para a atuação judicial, a fim de que se torne uniforme e condizente com as diretrizes da rede de saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, constatou-se que o direito à saúde é rebento de uma conquista histórica da população em prol de uma sociedade igualitária, livre e democrática, que salvaguarda a dignidade humana de todos os seus cidadãos.

Para que os direitos sociais – e as políticas públicas consecutórias – efetivem o máximo de direitos fundamentais possíveis e, concomitantemente, abranjam todos os cidadãos, indistintamente, é preciso que o Judiciário, diante de eventual inércia do Executivo, observe a repartição das competências estabelecida para a tutela do direito à saúde, que fora fixada em consonância com limitações financeiras e orçamentárias de cada ente, de modo que os demais direitos fundamentais não sejam cerceados.

Por óbvio, não se teve por objetivo condicionar a efetividade do direito à saúde à presença de verbas públicas para financiá-lo, nem criticar a judicialização desse direito. Pelo contrário, o Judiciário deve se imiscuir e tutelar os direitos sociais, principalmente ante a mora do Executivo. Todavia, esta atuação deve ser pautada dentro da legalidade e legitimidade, observando a repartição de competências elaborada pelo Legislativo e pelo próprio Executivo, este por meio de atos normativos expedidos pelos gestores, em conformidade com as possibilidades de cada ente federativo.

Ocorre que, por compungidos pela situação que lhes é apresentada, os juízes não medem esforços para solucionar a lide em prol da parte desafortunada – o que conduziu, inclusive, a interpretação equivocada de que por ser uma competência concorrente e comum, a obrigação de efetivar o direito à saúde teria caráter solidário (em descompasso com o que preceitua o Código Civil), mesmo não tendo nem o legislador, nem o constituinte usado gramática que possibilitasse esta interpretação.

Para solucionar esta celeuma, é preciso que o Judiciário observe as listas definidoras da competência de cada órgão, conforme os medicamentos e tratamentos nelas constantes – e esta poderia, inclusive, ser alterada, por meio de ação coletiva, para incluir medicamentos com eficácia comprovada, disponíveis no país realmente indispensáveis para a manutenção da vida, dando-se preferência aos genéricos. Além do Judiciário, é preciso que os próprios advogados, ao pleitearem a prestação de algum medicamento ou tratamento médico observem, quando da elaboração da exordial, qual o ente responsável pela dispensação do bem almejado. Aliado a isto

o abandono de uma visão excessivamente paternalista do Estado – como segurador universal para todo e qualquer risco – também é preciso, para que se cobre dele somente a proteção daqueles riscos estabelecidos pelo Legislativo e Executivo – que realmente detêm legitimidade democrática – de forma a não onerar excessivamente determinados entes, comprometendo verbas que seriam destinadas à efetivação de outros direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *I Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *II Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a emenda Constitucional nº 81, de 05 de junho de 2014. 19ª edição. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Promulga o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. 19ª edição. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. *Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.084/GM de 28 de outubro de 2005. *Estabelece normas, responsabilidades e recursos a serem aplicados no financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica e define o Elenco Mínimo Obrigatório de Medicamentos*. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_3_3_003.pdf. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES 2012*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Protocolos/Renases2012.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2014*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_essenciais_rename_2014.pdf. Acesso em: 02 jun. 2015.

376

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. *A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde*. Disponível em: http://www.idisa.org.br/img/File/GEBRAN-RESPONSABILIDADE_SOLID%C3%81RIA-7-12-13.pdf. Acesso em: 02 abr. 2015.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. IN: *Revista Direito Público*, Porto Alegre, n. 26, p. 18-41, mar./abr. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/647>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad.: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do Direito à Saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e políticas públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade - uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. 1ª edição. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 239-257.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Right to Health*. Disponível em: <http://www.who.int/hhr/activities/Right_to_Health_factsheet31.pdf?ua=1>. Acesso em: 26 maio 2015.